

VALESKA DA CUNHA CHRESTANI

AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

VALESKA DA CUNHA CHRESTANI

AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Márcia Carla Pereira Ribeiro
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. Fabrício Ricardo Tomio
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, ____ de _____ de 2012.

À mimo.

RESUMO

Um observador atento encontrará na literatura jurídica e econômica um embate constante entre acadêmicos que defendem serem (ou poderem ser) as vendas casadas práticas excludentes e outros acadêmicos afirmando que tal conduta promove eficiência e nada mais. O primeiro grupo acredita que como resultado de seus possíveis efeitos danosos, as vendas casadas devem ser reguladas e sancionadas por meio de normas específicas. O segundo grupo, em uma abordagem diametralmente oposta e vendo apenas a eficiência derivar deste tipo de conduta, defende que nenhum tipo de regulação ou sanção é necessária e que o mercado deveria ser deixado sozinho para lidar com sua própria complexidade no que se refere às vendas casadas. A presente pesquisa busca analisar as vendas casadas não apenas sob uma perspectiva jurídica, mas também econômica, mais especificamente por meio do Teorema de Coase. O objetivo deste estudo é determinar se as vendas casadas deveriam ou não ser consideradas práticas excludentes (e, logo, serem sancionadas por meio de normas) ou se, por outro lado, agentes engajados neste tipo de conduta estão apenas promovendo eficiência (e se isto seria motivo suficiente para eles não serem punidos pelas autoridades). Direito Comparado e decisões administrativas e judiciais irão suportar o presente estudo e servir como ferramentas para iluminar a complexidade e as diferentes possibilidades e respostas que o tema oferece.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Antitruste. Práticas Excludentes. Vendas Casadas. Direito e Economia. Análise Econômica do Direito. Teorema de Coase.

ABSTRACT

Through legal and economic literature a keen observer may find a constant clash between scholars who claim that tying arrangements are (or could be) an exclusionary practice and others scholars who affirm this conduct promotes efficiency and efficiency alone. The first group believes that as a result of its potential harmful effects, tying arrangements should be regulated and sanctioned by specific norms. The second group, in a diametric opposite approach and seeing only efficiency arising out of the conduct, claims that no regulation or sanction whatsoever is necessary and the market should be left alone to dwell on with its complexities when it comes to tying. The present research aims to analyze tying arrangements not only from a legal, but also from an economic standpoint, more specifically making use of the Coase Theorem. The objective of such study is to determine whether or not tying arrangements should be deemed as exclusionary practices and therefore be enforced and sanctioned through norms or if, on the other hand, agents who engage in such conduct are only promoting efficiency and that would constitute enough reason for them not to be punished by authorities. Comparative Law and administrative and judicial decisions regarding tying will provide support through this study and be used as tools to shine a light upon the theme's complexity and different possibilities and answers it has to offer.

KEY-WORDS:

Antitrust Law. Exclusionary Practices. Tying Arrangements. Law and Economics. Economic Analysis of Law. Coase Theorem.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA ANTITRUSTE	9
2.1 DEFINIÇÃO	9
2.2 O TRATAMENTO LEGAL DA MATÉRIA NO BRASIL	11
2.3 REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA ILICITUDE	15
2.3.1 Coerção	15
2.3.2 Poder de Mercado	19
2.3.2.1 O conceito de mercado relevante	24
2.3.2.2 Indicativos da existência de posição dominante	28
2.3.3 Dependência Econômica	31
3 EFEITOS E JUSTIFICATIVAS ATRIBUÍDAS ÀS VENDAS CASADAS	38
3.1 POTENCIAIS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DA CONDUTA	38
3.1.1 Alavancagem (Leverage)	39
3.1.2 Fechamento (Foreclosure)	42
3.1.3 Descumprimento de tabelamento de preços	45
3.1.4 Discriminação entre os adquirentes	47
3.1.5 Outros efeitos	48
3.2 JUSTIFICATIVAS À REALIZAÇÃO DAS VENDAS CASADAS	50
4 AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE	54
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	54
4.2 O TEOREMA DE COASE	57
4.3 UMA NOVA JUSTIFICATIVA À REGULAÇÃO DAS VENDAS CASADAS	60
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

As vendas casadas tem sido um tema relativamente negligenciado pela doutrina nacional dedicada ao estudo das condutas anticompetitivas (ou “infrações à ordem econômica”, denominação cara à nossa legislação antitruste). Uma consulta rápida ao sítio virtual do CADE também demonstra que são esparsos os casos julgados a respeito (e mais esparsas ainda as condenações).¹ Com pouca doutrina disponível e ainda menos precedentes administrativos e judiciais para balizar o tratamento da matéria, é natural a perplexidade que parece imperar quando se vincula a venda de um produto ou serviço à venda de outro produto ou serviço. Muitos associam a venda casada unicamente ao fato, por exemplo, da rede de lanchonetes Mc Donald’s ter passado a ofertar o brinquedo que tradicionalmente acompanhava seu “Mc Lanche Feliz” em conjunto e separado deste. E assim multiplicam-se as perguntas: Quando uma vinculação constitui venda casada? Esta sempre será ilícita? Em caso negativo, que requisitos configuram sua ilicitude? E por quê?

Diante deste cenário, o presente trabalho pretende, em seu primeiro capítulo, esclarecer o que é a venda casada, abordando os requisitos para sua configuração e o tratamento legal da matéria pela legislação brasileira. O foco será a Lei Antitruste, mas o Código de Defesa do Consumidor, que também possui dispositivos sobre o tema, será igualmente citado. Casos concretos ilustrarão o trabalho na forma de exemplos sempre que necessário e o tratamento conferido ao tema pelos doutrinadores, autoridades antitrustes e Tribunais norte-americanos e europeus será invocado o com frequência.

É importante esclarecer que a utilização de doutrina e jurisprudência estrangeira no presente trabalho foi uma opção metodológica diante da relativa escassez de trabalhos sobre o tema no Brasil. Além disso, os Estados Unidos são reconhecidos pela doutrina especializada como berço do Direito Antitruste e tem

¹ Ao buscar-se em 16/09/2012 jurisprudência no sítio virtual do CADE empregando as palavras chave “venda casada” encontrou-se somente vinte e sete resultados. Dentre eles, apenas uma condenação, no processo administrativo nº 08000.025966/1996-69. É bem verdade que a busca não traz todos os julgados do CADE relativos à matéria (o célebre caso envolvendo a empresa Xerox não aparece, para citar um exemplo), mas ainda assim os números apresentados dão uma dimensão do quão pouco a autoridade antitruste brasileira foi demandada a enfrentar o tema até aqui.

sido o *locus* por excelência do desenvolvimento da matéria, oferecendo ao longo do último século novos paradigmas em seu tratamento, fundamentos muitas vezes utilizados pelo CADE em suas análises.

Na sequência e superadas as dúvidas mais comuns sobre o tema (as já lembradas “o que é a venda casada?” e “ela será sempre ilícita?”), pretende-se abordar, no segundo capítulo, quais são os possíveis e mais comuns efeitos anticompetitivos resultantes da prática da venda casada e, ainda, se não haveria efeitos positivos que dela adviessem (os quais, via de regra, aparecem na forma de justificativas à realização da conduta).

Por fim, o terceiro e último capítulo irá buscar, por meio do instrumental teórico da análise econômica do direito (metodologia esta que invariavelmente permeará todo este trabalho, tendo em vista sua convergência com o Direito Antitruste), mais especificamente no Teorema de Coase, compreender se as vendas casadas seriam uma matéria que merecerá atenção do legislador (em outras palavras, se a conduta deve ser legalmente regulada, como hoje o é) ou se deveria ser deixada no âmbito dos agentes que atuam no mercado, os quais obteriam, desta forma e por meio da auto-regulação, os melhores resultados (ou, utilizando-se de uma noção econômica que retomaremos com mais profundidade adiante, resultados mais eficientes).

Isso não significa, contudo, e é importante frisar desde já, que construções jurídico-valorativas serão esquecidas ou menosprezadas diante dos instrumentos que a economia cederá na presente investigação. Trata-se, afinal, de um tema eminentemente jurídico e, portanto, valorativo por excelência. O intuito é tão somente apresentar uma abordagem diferenciada que contribua na construção da ciência jurídica e que permita oferecer uma abordagem multidisciplinar ao tema, sem que daí decorra qualquer pretensão de substituir o Direito pela Economia nas construções normativas e seu estudo.

2 AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA ANTITRUSTE

2.1 DEFINIÇÃO

Embora esteja pacificado o entendimento de que a venda casada (do inglês *tying arrangement* ou *tie in*) é a conduta por meio da qual um agente vincula a venda de um bem ou a prestação de um serviço (produto principal ou subordinante) à venda de outro bem ou à prestação de serviço diverso (produto vinculado ou subordinado), é latente a insuficiência de tal definição². Afinal, tomados apenas os elementos nela constantes para caracterizar a conduta, é possível inferir que a aquisição de um par de sapatos configuraria hipótese de venda casada, uma vez que é impossível adquirir apenas um dos pés do calçado, estando o consumidor sempre obrigado a adquirir ambos os pés em conjunto.³

Tal situação, ainda que risível e de imediato descartável, é didática o suficiente para levantar a mais básica polêmica envolvendo o tema: onde reside o limiar entre a vinculação lícita de produtos e serviços e a conduta que se afigura como abuso de poder econômico ou tentativa de eliminação da concorrência e dominação de mercado? O que difere a aquisição de sapatos somente em pares do

² Esta é a definição trazida pela redação do art. 36, §3º, XVIII da Lei n. 12529/2011 (Lei Antitruste), que preceitua como uma das condutas que configuram infração à ordem econômica “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”. Contudo, deve-se considerar, como a redação do §3º bem indica, que apenas haverá infração à ordem econômica se da conduta resultar ou puder resultar um dos efeitos previstos no art. 36, caput, da mesma lei, os quais serão abordados ao final deste capítulo. É interessante notar que a Lei 8884/1994, a lei antitruste brasileira anterior, conceituava a venda casada com iguais termos em seu art. 21, XXIII. Neste antigo diploma normativo a melhor hermenêutica também já demandava a configuração ou possibilidade de configuração de determinados efeitos (dispostos em seu art. 20) para que a referida prática fosse considerada ilícita. Ao comentar referida, João Bosco Leopoldino da Fonseca indica que “o legislador faz neste artigo (art. 21) uma descrição de condutas, colocando-as em estreita ligação com as hipóteses elencadas no artigo 20. (...) Do que se deduz que poderá ocorrer uma conduta tipificada no artigo 21, sem que se considere infração à ordem econômica, porque não se concretizou a hipótese prevista no artigo 20.” *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 160.

³ O exemplo dos pares de sapato é recorrentemente utilizado por Calixto Salomão Filho na obra *Direito Concorrencial – As condutas* para ilustrar o conceito de vendas casadas e tecer comentários acerca da ilicitude ou não da conduta.

caso Microsoft ou Kodak⁴? Se tudo pode ser dividido, qual será o “*corte artificial*”⁵ que irá justificar tratamentos distintos para hipóteses que, ao menos em relação ao disposto na letra de lei, parecem ser idênticas?

Paula Forgioni, a partir da decisão do caso Kodak, entende que se estará diante de apenas um produto quando não houver demanda o bastante para tornar eficiente a venda em separado. E isso ocorrerá sempre que a aquisição em separado dos bens e serviços não for economicamente favorável ao adquirente comum (aqui no sentido de mediano), ainda que exceções possam existir.⁶ É possível imaginar que determinado consumidor deseje adquirir apenas o pé direito de determinado sapato, mas é razoável afirmar que a demanda existente é em quase a sua totalidade por pares de sapato e que para esta massa de consumidores a aquisição em separado não é eficiente.⁷

Há de se reconhecer, portanto, que o casamento entre produto principal e vinculado poderá ser física ou economicamente necessário, e não uma forma de coerção que caracterize ilícito. Se o mercado para a venda de produtos em

⁴ *Eastman Kodak Co v. Image Tech. Svcs*, 504 U.S. 451 (1992) e *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F3d 34 (D.C. Cir. 2001), que serão aprofundados na sequência dada a importância que guardam para a discussão das vendas casadas no judiciário norte-americano.

⁵ A expressão é de Paula Forgioni na obra *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 321.

⁶ FORGIONI, *loc cit.*

⁷ Quando se fala em eficiência para os consumidores, utiliza-se um conceito eminentemente utilitarista de aumento do bem-estar marginal. Isso não significa dizer aumento do bem-estar de cada consumidor individualmente tomado, mas aumento do bem-estar dos consumidores como um todo ou da maioria deles. E fica evidente a redução desse bem-estar ao se considerar, a título de exemplo, que se o fabricante de sapatos for obrigado a vendê-los em unidade e nunca pares, a ele será lícito repassar os custos adicionais que incorrer com tal venda ao consumidor final. Logo, a totalidade dos consumidores passará a pagar mais caro pelos pares de sapato que adquirir apenas para que o consumidor marginal possa adquiri-los separadamente. É evidente, contudo, que esta concepção, em linha com o pensamento neoclássico da Escola de Chicago, deduz que da redução de custos deriva a redução de preços, e daí o bem-estar do consumidor. Deve-se observar, porém, que nesta concepção a “distribuição equitativa dos benefícios com o consumidor é presumida, derivando, necessariamente, da ‘racionalidade’ monopolista. (...) esta última afirmação é o ponto mais contestável dessa teoria, já que não é de modo algum certo que o monopolista queira ‘dividir seus lucros’ com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de ‘eficiência’ ocorrido.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 23-24. Cabe ainda uma breve menção à teoria ordo-liberal da Escola de Freiburg que contesta a teoria marginalista adotada pela Escola de Chicago ao indicar que a concorrência possui valor próprio que deve ser protegido em si mesmo, e não mitigado em função da eficiência. Daí que, para os ordo-liberais, o bem-estar do consumidor está vinculado também à liberdade de escolha, à existência da possibilidade de escolha real ou potencial no mercado entre um ou outro produto.

separado for muito pequeno ou inexistente, a redução de custos que a venda conjunta possibilitará poderá significar um menor preço para o consumidor que adquiri-los⁸. Isso porque, nas palavras de Calixto Salomão Filho:

(...) se o acréscimo do custo não for cobrado por inteiro do consumidor “marginal”, que tem uso para o produto separado, ele deverá ser embutido no preço de todos os produtos. A massa dos consumidores passará, então, a pagar por um acréscimo de custo devido á necessidade de um só consumidor.⁹

Será necessário, portanto, muito mais do que uma vinculação entre produtos e/ou serviços para que haja um ilícito anticoncorrencial. Contudo e por uma opção metodológica, a seguir irá se expor o tratamento legal da matéria no Brasil para, na sequência, passar à análise dos requisitos necessários à configuração da ilicitude da conduta.

2.2 O TRATAMENTO LEGAL DA MATÉRIA NO BRASIL

Tendo estabelecido o que são as vendas casadas, cabe retomar o tratamento conferido à matéria no Brasil, o qual se fará sob a égide da legislação antitruste e da legislação consumerista. O foco permanecerá sendo o da legislação concorrencial, mas se abordará também, ainda que brevemente, o tratamento consumerista dado às vendas casadas, uma vez que ambos guardarão importantes pontos de contato.

Como dito, a legislação antitruste em vigor, Lei 12.529/2011, pouco inovou em matéria de condutas em relação a sua antecessora (Lei 8.884/1994). A venda

⁸ Não obstante a ideia de eficiência produtiva aqui empregada seja passível de crítica. Ressalte-se, de todo modo, que este repasse dos custos economizados pelo agente durante o processo produtivo no preço final do produto só poderia ser garantido em um ambiente de concorrência perfeita e a realidade não permite afirmar sua existência. Isso porque um ambiente de concorrência perfeita irá pressupor a existência de diversos agentes comprando e vendendo produtos homogêneos, em um mercado de fácil entrada e saída e no qual a informação seja simétrica. Seria, portanto, um mercado sem falhas, sem informação cara e/ou escassa, sem custos de transação e sem externalidades (entendidas como o impacto das ações de uma pessoa sobre outras).

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225.

casada continua recebendo a mesma definição de outrora, agora no art. 36, §3º, XVIII, que dispõe:

art. 36. (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; (...).

Esta definição de conduta não torna, contudo, a venda casada um ilícito *per se*. Isso porque é necessário realizar a leitura conjunta do art. 36, §3º, o qual traz um rol não taxativo das condutas passíveis de constituírem infrações à ordem econômica¹⁰, com o caput do mesmo artigo, que condiciona tal ilicitude à produção, a partir da conduta, dos efeitos nele listados ou a sua potencialidade de concretização:

art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Importante ressaltar que ainda na hipótese de produção de tais efeitos, muitos defenderão ser possível descartar a ilicitude da venda casada se houver eficiências econômicas dela derivadas e que se traduzam em benefícios aos consumidores, não obstante a evidente dificuldade envolvida na apuração destas eficiências.¹¹ Esta problemática será abordada com frequência neste trabalho e será aprofundada nos próximos capítulos, sendo por ora o bastante compreender que

¹⁰ As infrações à ordem econômica podem se compreendidas como quaisquer atos tendentes a ou cujo objeto seja limitar ou falsear a livre concorrência.

¹¹ É a posição defendida por LILLA no artigo já citado neste trabalho, ainda que o autor fale exclusivamente em eficiências. Parece, contudo, considerando: (i) as próprias críticas que o autor emprega ao pensamento da Escola de Chicago quanto à licitude *per se* das vendas casadas com base em uma eficiência alocativa da conduta; e que (ii) o sistema de proteção antitruste não consideraria excludente eficiências alocativas que resultassem em danos ao consumidor, inclusive a sua liberdade de escolha; essas eficiências se traduziriam necessariamente em benefícios ao consumidor se desejarem a pecha de excludentes de ilicitude.

alguns defendem a eficiência como elemento apto a afastar a ilicitude da conduta, ainda que inexista norma legal neste sentido.

Em termos de legislação concorrencial, o já exposto art. 36 da Lei 12.529/2011 é tudo o que existe em termos de vendas casadas no Brasil. E isso não é de forma alguma uma crítica. Como se verá a seguir, a existência de outra previsão legal a respeito, agora no campo de direito consumerista, parece servir somente para turvar a compreensão dos intérpretes em relação ao tema.

Isso porque o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/1990, também prevê a prática das vendas casadas como um ilícito. Em princípio nada parece mais natural, uma vez que a preocupação com as vendas casadas surge dos danos que a prática pode causar ao consumidor a quem o referido Código tutela diretamente. Contudo, o Direito Antitruste também tutela o consumidor, ainda que indiretamente e ao tutelar a concorrência. Difícil ver, portanto, a real necessidade do tema aparecer tanto no diploma consumerista quanto na legislação antitruste, parecendo que esta última seria mais adequada e suficiente ao seu tratamento.¹² Principalmente porque a fraca redação do art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor trouxe uma polêmica desnecessária em relação às vendas casadas e levou a acusações descabidas da prática¹³.

art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;"

A redação atual do art. 39, I dá a entender que a venda casada sempre constituirá um ilícito *per se*, o que contraria a legislação antitruste e boa parte da construção doutrinária a respeito. Não se pode enquadrar uma conduta a despeito de seus efeitos como ilícito, salvo raríssimas exceções em que a experiência

¹² "Não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microssistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam." BADIN, Arthur. *Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 5, 2005, p. 36.

¹³ É o caso, por exemplo, de ovos de chocolate ofertados no período da Páscoa e os brinquedos que se encontram dentro deles, do produto *Kinder Ovo* e até dos brinquedos ofertados no MC Lanche Feliz pela rede de *lanchonetes MC Donald's*.

demonstra, não há como ser diferente.¹⁴ Pode-se concluir que faltou, portanto, técnica legislativa adequada na redação do referido dispositivo, o que irá requerer que a deficiência seja suprida pelo intérprete. Arthur Badin aduz a esse respeito que:

Essa ubiquidade, antes de oferecer maior proteção ao bem-estar do consumidor, gera antinomia de difícil solução pela dogmática jurídica. Enquanto para a doutrina de defesa do consumidor a venda casada é considerada um ilícito “*per se*”, para a defesa da concorrência sua ilicitude é analisada pela “regra da razão”, que no direito brasileiro se traduz pela necessidade da demonstração dos efeitos (...) e da análise das eficiências (...). O reconhecimento da venda casada como prática abusiva “*per se*” pela defesa do consumidor, independentemente da análise dos efeitos e razões do empresário, além de criar verdadeiro conflito entre as duas normas (norma mais restritiva esvazia norma menos restritiva), pode levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor. (...) Assim, para que se caracterize a infração do art. 39, I, do CDCV, é preciso: (i) existência de cláusulas contratuais ou condições de oferta que imponham a aquisição conjunta dos bens ou serviços; (ii) existência de poder de mercado no produto vinculante; (iii) ausência de justificativas econômico-jurídicas para a prática.¹⁵

A conclusão, portanto, é que o dispositivo consumerista jamais poderá ser analisado isoladamente no tratamento das vendas casadas, sendo necessária a realização de um cotejo com o que o ordenamento dispõe a respeito em matéria antitruste. Não há que se falar em vendas casadas como ilícitos *per se*, pois esta seria a interpretação gramatical e inadequada do art. 39, I do Código de Defesa do Consumidor, passível de causar diversos gravames à ordem concorrencial e, indiretamente, aos consumidores, atentando obviamente contra a própria finalidade do diploma normativo que a traz. É fundamental que a venda casada seja sempre analisada casuisticamente, pela regra da razão e em atenção aos efeitos e eficiências da legislação antitruste.

¹⁴ É o caso dos cartéis, não sem polêmica.

¹⁵ BADIN, Arthur. *Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 5, 2005, p 37.

2.3 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA ILICITUDE

Tendo sido esclarecido que nem toda vinculação entre produtos e/ou serviços constitui ilícito anticoncorrencial, cabe agora retomar os requisitos necessários à tipificação desta conduta como infração à ordem econômica. Não há previsão legal destes elementos, aferidos por meio de interpretações teleológicas e sistêmicas dos artigos da legislação antitruste, nem consenso entre os doutrinadores a respeito, embora a coerção seja elemento comum nas duas concepções que serão abordadas a seguir, uma de Paula Forgioni e a outra de Calixto Salomão Filho.

Para Paula Forgioni, soma-se à definição legal trazida pelo art. 36, §3º, XVIII e à produção real ou potencial dos efeitos elencados no caput do mesmo art. 36 da Lei 12.529/2011, a necessidade de haver coerção ao adquirente do produto e do fornecedor deter um grau significativo de poder de mercado.¹⁶ Calixto Salomão Filho, por outro lado, entende que a configuração da definição legal e a coerção são requisitos necessários, mas refuta o poder de mercado. Em seu lugar, preceitua que o terceiro elemento da venda casada é a dependência.¹⁷ Cada um destes elementos será investigado com maior profundidade a seguir.

2.3.1 Coerção

A vinculação entre dois produtos será coercitiva sob a ótica jurídica quando o comprador for obrigado, para adquirir um bem ou serviço, a adquirir outro bem ou serviço que não deseja. Haverá, portanto, uma violação à liberdade constitucionalmente assegurada de contratar, em função de uma restrição antijurídica à liberdade de não contratar do indivíduo (recusa em contratar).

A Suprema Corte dos Estados Unidos analisou a questão na década de oitenta em decisão preferida no caso *Jefferson Parish Hospital v. Hyat*, que se

¹⁶FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 321.

¹⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225.

tornou notória no tratamento das vendas casadas em um país que até então as considerava ilícitos *per se*. O litígio se deu em função de uma imposição do hospital *East Jefferson* para que os pacientes que ali realizassem cirurgia utilizassem obrigatoriamente os serviços de anestesia de uma firma com a qual o hospital celebrara um contrato de exclusividade. A Suprema Corte entendeu não estar caracterizada a venda casada entre os serviços prestados pelo hospital e os serviços de anestesia porque embora a conduta tomada isoladamente pudesse sê-lo, ela não preenchia determinados requisitos que a tornavam juridicamente repreensível.

Foi justamente na fixação de tais requisitos que a Suprema Corte inovou, dando início ao que se convencionou chamar regra *quasi per se*, isto é, as vendas casadas serão tomadas como ilícito, desde que preencham tais requisitos: (i) existência de dois produtos; (ii) poder de mercado do vendedor para forçar o comprador a efetuar a compra vinculada de ambos os produtos, decisão esta que o comprador não tomaria em um mercado competitivo; (iii) fechamento de parcela substancial do mercado, com a eliminação de concorrentes¹⁸. A existência de dois produtos já foi discutida neste trabalho e o fechamento de parcela substancial do mercado (*foreclosure*) será retomado quando os efeitos atribuídos às vendas casadas forem abordados. No momento, a análise estará limitada ao poder de mercado, mais especificamente da coerção que ele possibilita, uma vez que o poder de mercado em si também será aprofundado a seguir.¹⁹

Embora criticada por não abandonar de vez a regra *per se* em detrimento da regra da razão²⁰, a decisão da Suprema Corte constituiu um importante passo em direção ao reconhecimento da utilização do ferramental econômico e não apenas

¹⁸ *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

¹⁹ “Pode-se observar que o segundo requisito trata de forma conjunta os elementos ‘poder de mercado’ e ‘coerção’, tendo em vista que ambos são inter-relacionados pelo fato de que somente será possível coagir o adquirente se o fornecedor tiver poder de mercado”. LILLA, Paulo Eduardo. *Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 10, 2007. Observe-se, contudo, que não é pacífico entre a doutrina que o poder de mercado seja o elemento facilitador da coerção. Para Calixto Salomão Filho, por exemplo, será a dependência econômica entre adquirente e vendedor que exercerá este papel.

²⁰ A regra da razão consiste em uma técnica empregada pela Suprema Corte norte-americana para declarar lícita determinadas condutas que a princípio violariam o *Sherman Act*, mas que são permitidas por não implicar em restrições à concorrência de forma não razoável. O conteúdo da razoabilidade fica em aberto, com todos os eventuais problemas que daí se poderia derivar.

jurídico-valorativo no tratamento das vendas casadas. E fez isso sem abraçar a concepção da Escola de Chicago, para quem a eficiência justificaria a conduta e, portanto, qualquer venda casada que se mostrasse eficiente em termos de alocação produtiva deveria ser considerada lícita *per se*. Esta concepção da Escola de Chicago veio a sofrer duras críticas por sua preocupação exclusiva com a eficiência, deixando de lado outros fatores que também influem para o bem-estar do consumidor, como a possibilidade de escolha em um mercado potencialmente competitivo. É essa possibilidade de escolha que a análise da Suprema Corte reafirma, não só ao conceituar a coerção como “*uma habilidade especial - geralmente chamada de ‘poder de mercado’ - em forçar o comprador a fazer algo que ele não faria em um mercado competitivo*” (tradução livre), mas também ao incluí-la no rol de critérios para a aferição da ilegalidade da venda casada. Houvesse a Suprema Corte se curvado inteiramente à concepção neoclássica no tratamento das vendas casadas, teria desconsiderado completamente o elemento coercitivo, uma vez que ele não interessará se a eficiência for obtida.²¹ Consoante com este entendimento, Calixto Salomão Filho assevera que:

(...) a constatação da insuficiência da explicação marginalista leva à reafirmação do subjetivismo da escolha econômica. Se assim é, a possibilidade efetiva de escolha (concorrência) é o elemento central organizativo de todo o funcionamento do mercado. Então, é fundamental que escolha seja livre. Ela não pode ser determinada por qualquer força externa que não seja a vontade do consumidor. Daí o valor da coerção como critério de determinação da existência de ilícito.²²

A coerção assume, portanto, papel central na verificação do ilícito das vendas casadas. No caso *Jefferson Parish*, a Suprema Corte entendeu que o elemento coercitivo não estava presente porque o *East Hospital* não possuía poder

²¹ Isso porque a abordagem neoclássica da eficiência se preocupa com elementos de caráter mais objetivo, os chamados “*hard facts*”, como mercado relevante e poder de mercado, e não com o estado mental do sujeito, analisado na coerção. Inúmeros trabalhos foram publicados nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos apregoando que a coerção não possuía valor algum na análise das vendas casadas e deveria ser abandonada. Para um panorama mais geral, bem como qual seria o atual papel da coerção na análise das restrições verticais, ver BURNS, Jean Wegman. *The New Role of Coercion in Antitrust*. Fordham Law Review, Volume 60, 3ª edição, p. 379 a 435.

²² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

de mercado suficiente para impor tal contratação aos seus pacientes, uma vez que não era o único da região e recebia cerca de 30% dos pacientes de sua área geográfica, o que permitia aos pacientes buscar alternativas. E sem coerção não há que se falar em ilícito.

Cumprе ressaltar que a coerção não precisa ser permanente, aliás, na maior parte das vezes ocorrerá apenas até que a dominação do mercado e a eliminação de concorrentes sejam atingidas. Não é necessário, ainda, que a coerção ocorra no momento em que o produto principal é adquirido, conforme demonstra o caso *Kodak*, julgado no início dos anos noventa pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A *Kodak* foi julgada culpada pela prática de venda casada ao proibir a venda às empresas de assistência técnica independente (chamadas de *independent services organizations* ou “ISOS”) das peças de reposição utilizadas na manutenção das copiadoras que fabricava e comercializava. Desse modo, o consumidor via-se obrigado a utilizar os serviços de manutenção prestados pela própria Kodak, que praticava preços mais altos do que os das ISOS. Como o valor de máquinas copiadoras é considerável (não são produtos facilmente descartáveis pelo consumidor), os consumidores viam-se forçados a recorrer aos serviços de manutenção da própria Kodak, em um exemplo de venda casada que lhes foi imposta após a aquisição das copiadoras.

E importante ressaltar ainda que a coerção não se apresentará necessariamente na forma de um vínculo entre dois ou mais produtos que o adquirente se vê obrigado a comprar contra a sua vontade. Isso porque se os produtos forem ofertados tanto em conjunto quanto separadamente (o chamado *mixed bundling*)²³, mas o preço por eles cobrado quando adquiridos individualmente for demasiadamente alto se comparado ao acréscimo suportado pelo vendedor em função da separação dos produtos, estar-se-á diante de uma coerção econômica. O *mixed bundling* se transformará, então, em uma venda casada. Isso porque neste

²³ *Mixed bundling* é a denominação dada à estratégia de fixação de preços por meio da qual o vendedor oferece um desconto na aquisição de um pacote de itens vendidos separadamente. A prática pode assumir diversas formas, como programas de incentivo, programas de fidelidade, descontos graduais ou ações nas quais a compra de um ou mais produtos permitem ao consumidor adquirir um terceiro por um menor preço. Tais práticas tem chamado a atenção pela possibilidade de gerarem efeitos anticompetitivos de exclusão de agentes do mercado quando empregadas por empresa que detém posição dominante no mercado em questão. Para maiores detalhes, ver CRANE, Daniel A. *Mixed Bundling, Profit Sacrifice and Consumer Welfare*. In: *Emory Law Journal*, nº 54, 423-486, 2006. Disponível em: <www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/55/3/Crane.pdf>. Acesso em 31/03/2012.

caso, “o consumidor pode sentir-se constrangido a adquirir os produtos em conjunto para evitar o prejuízo decorrente da compra separada do produto que lhe interessa.”²⁴ O efeito coercitivo necessário à configuração da venda casada é o mesmo, ainda que obtido por via diversa. Nas palavras de SULLIVAN e GRIMMES:

(...) enquanto houver concorrência efetiva, a decisão do fornecedor em vender um produto vinculado à outro ou de ofertá-lo tanto vinculado quanto não vinculado não deve ser considerada uma venda casada. Fornecedoros que ofereçam produtos tanto juntos quanto separados podem ainda estar engajados em uma venda casada se as condições de aquisição dos produtos em separado forem muito menos favoráveis do que aquelas de aquisição conjunta.²⁵ (tradução livre)

Foi tratado até aqui do conceito de coerção e da importância de sua manutenção na análise casuística da configuração da venda casada. Serão discutidas agora as noções de poder de mercado e dependência econômica. Para Paula Forgioni e outros doutrinadores, em linha com a decisão proferida no caso *Jeferson Parish*, o poder de mercado é elemento fundamental para que a coerção se configure. Calixto Salomão Filho, contudo, dirá que é a dependência econômica o elemento a ser investigado, pois seria ela a facilitadora da coerção.

2.3.2 Poder de Mercado

O poder de mercado ganha posição de destaque na análise antitruste uma vez tomado como condição indispensável à configuração do abuso de posição dominante. Por uma aferição lógica, só poderá abusar da posição dominante aquele que a detenha e, para tanto, o agente precisará deter também poder de mercado (*market power*). Um é decorrência do outro e embora nossa legislação antitruste

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 225.

²⁵ SULLIVAN, Lawrence A. e GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, Saint Paul, Minn.: West Group, 2000, p. 391.

utilize terminologias distintas para *fattispecies* semelhante²⁶, é inegável a identidade entre elas. Mais especificamente na análise das vendas casadas, a caracterização do poder de mercado é essencial na configuração do ilícito, pois a vinculação entre o produto principal e subordinado só leva o consumidor a adquirir produto que de outro modo não adquiriria (isso é, só caracteriza a coerção) se o produto principal não apresentar substituto²⁷.

A Lei 8.884/1994 era bastante clara ao conceituar em seu art. 20, §2º, a posição dominante como a situação na qual “uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.” A repressão ao abuso de tal posição vinha igualmente expressa no Art. 20, IV do mesmo diploma normativo. Com o advento da Lei 12.529/2011, contudo, tal definição não foi mantida. Atualmente, inexistente definição legal à posição dominante, embora faça sentido se valer daquela que outrora vigorou. Mesmo esta, contudo, não esclarece que elementos configurariam o controle de parcela substancial do mercado relevante (embora no art. 21, §3º da Lei 8.884/1994 e agora no art. 36, §2º da Lei 12.529/2011, a participação no mercado, ou *market share*, apareça como elemento essencial na busca do poder de mercado), nem como tal mercado será

²⁶ “A lei brasileira utiliza terminologia variada e assimétrica para identificar os diversos comportamentos. O art. 20, II, tratando de comportamentos que podem levar à formação de posições de poder, refere-se aos atos tendentes ‘a dominar o mercado relevante de bens e serviços’. Quanto àqueles ilícitos que, para sua caracterização, pressupõem a existência de poder de mercado a lei utiliza a expressão ‘posição dominante’ (inc IV).” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 234. A referência de Calixto Salomão Filho era à Lei 8884/1994, recentemente substituída pela Lei 12529/2011. As disposições do mencionado Art. 21 agora estão no Art. 36, caput, sendo as expressões aqui transcritas, contudo, as mesmas de antes.

²⁷ Nesse sentido, “the seller's economic power in the tying product has been considered a prerequisite to the generation of these anticompetitive effects because economic power in the tying product market is essential to force buyers to purchase the tied product, thus precluding other sellers of the tied product from competing”. Brassard, Raymon Jay. *Tying Arrangements: Requisite Economic Power, Promotional Ties and the Single Product Defense*. In: Boston College Law Review, v.11, n. 2, 1970, p 307 – 308. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol11/iss2/10>>. Acesso em 31/03/2012. É essencial, contudo, apontar que a presença de poder de mercado, ainda que ao lado da ausência de demanda conjunta pelos produtos ofertados não caracteriza de imediato a venda casada como ilícito anticompetitivo. No original: “no economic theory finds that market power (or dominance) is a sufficient condition for tying to have anticompetitive effects; nor does any economic theory find that market power and the absence of separate demand are sufficient conditions for tying to have anticompetitive effects (the Jefferson Parish test).” EVANS, David S. PADILLA, A. Jorge. ALBORHN, Christian. *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality*. In: Antitrust Bulletin, v. 49, 2004, p 05. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/comments/219224_b.htm>. Acesso em 07/06/2012.

apurado. Necessário buscar, portanto, a literatura jurídica e econômica sobre o tema.

O primeiro passo nesta análise é entender o que significa o controle de parcela substancial do mercado relevante. Segundo a concepção neoclássica da Escola de Chicago, o poder de mercado irá se manifestar na possibilidade do agente monopolista aumentar os preços do produto por meio da redução de sua oferta.²⁸ Tal teoria parte, como não poderia deixar de ser, do pressuposto de que o comportamento racional dos agentes é maximizar os lucros, e isso poderá ser feito por meio do aumento de preços e redução da oferta, possibilitando uma maior margem de lucro na venda de cada unidade do produto.

Contudo, a definição é bastante simplista e a experiência demonstra que o conceito é insuficiente para dar conta da pungente realidade econômica. A primeira crítica é a de que nem sempre se poderá tomar o aumento de preços real ou potencial como indício de poder de mercado: é possível que o agente monopolista já cobre preços supra competitivos e esteja impossibilitado de aumentá-los, sob pena de seus consumidores trocarem o produto por outro que os ofereça utilidade inferior (é o conceito de elasticidade cruzada da demanda, que será retomado a seguir). É possível, ainda, que a empresa seja capaz de diminuir seus preços, por ser mais eficiente que as demais, mantendo uma margem de lucro mais baixa, mas suficiente para excluir seus competidores e possibilitar que obtenha o domínio do mercado²⁹. Inegável, portanto, que a possibilidade de aumentar preço não pode ser tomada

²⁸ “Quando se faz referência à ‘posição dominante’, pode-se pensar na existência de apenas um agente econômico em determinado mercado. Não obstante, é comum, tanto na doutrina jurídica quanto na econômica, que a expressão ‘posição monopolista’ venha utilizada para referir aquela do agente econômico que não é o único a atuar no mercado relevante.” Isso porque “a empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico do monopolista, aumentando preços no limite máximo, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e, ainda, impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam caso houvesse concorrência naquele mercado.” FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 273-274.

²⁹ Nessa hipótese, se as barreiras à entrada no mercado forem inexistentes ou seu custo for baixo, a concorrência potencial fará com que a empresa, embora detenha poder de mercado, não eleve seus preços a níveis supra competitivos pela possibilidade de entrada rápida e efetiva de novos agentes no mercado que poderão cobrar preços mais razoáveis e abocanhar fatias do mercado que lhe pertenciam. É a chamada elasticidade cruzada da oferta. Contudo, em mercados com barreiras à entrada tal estratégia poderia levar à eliminação dos concorrentes e à cobrança de preços supra competitivos quando isto ocorrer. Nesse caso, não se pode desconsiderar totalmente a concepção neoclássica, pois ainda que o comportamento racional de aumento de preços não se verifique em um primeiro momento, o comportamento estratégico do agente continua visando-o. É por hipóteses como esta que a doutrina afirma em coro que para o abuso do poder econômico (ou da posição dominante) se concretizar não é necessária concorrência efetiva, mas potencial.

como condição necessária ou suficiente à verificação de existência de poder de mercado. Isso porque o aumento de preços constitui conduta, que deve ser lida em conjunto com dados de ordem estrutural.³⁰

Patrícia Sampaio, em alusão à crítica de Sérgio Varella Bruna à concepção neoclássica como reducionista do poder econômico a questões de demanda, sugere que se entenda o poder econômico como “a capacidade de um agente determinar comportamentos econômicos alheios diversamente do que se verificaria em um ambiente concorrencial, tanto do ponto de vista da oferta quanto da demanda.”³¹ Isso não significa desprezar a visão neoclássica completamente, mas reconhecer sua contribuição para a análise do poder mercado na perspectiva da demanda, não sem ressalvas, ao mesmo tempo em que se buscam instrumentos para a medição do poder de mercado sob o ponto de vista da oferta. Este ponto será retomado quando tratarmos da importância da análise das barreiras à entrada de competidores no mercado relevante para a aferição do poder de mercado, mas por ora interessa deixar claro que poder econômico nada mais é do que a possibilidade do agente que o detém atuar no mercado sem levar em consideração o comportamento de concorrentes reais ou potenciais, esteja ele na condição de ofertante ou de adquirente.

É importante deixar claro que o ordenamento jurídico brasileiro não pune a existência da posição dominante por si só, mas apenas a realização de condutas abusivas por ela facilitadas ou que a ela visem, elencadas no art. 36, §3º, I-XIX (embora o rol não seja taxativo) e condicionadas aos efeitos constantes no caput do mesmo artigo da Lei 12.2589/2011. Não poderia ser diferente em um país cuja Constituição faz uma nítida opção pelo sistema capitalista e prestigia a livre iniciativa e concorrência. A punição da posição dominante *per se* levaria ao absurdo de se punir a eficiência dos agentes cuja posição dominante deriva de vantagem competitiva lícita, ou, na expressão em inglês, *on the merits*.³² Não se pode negar,

³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82 – 24.

³¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89-90.

³² O termo *competition on the merits* vem sendo utilizado para explicar condutas que não causariam dano à concorrência, mas provocariam seu aprimoramento. Tal disposição parte do pressuposto, já pacífico, de que o direito antitruste não protege o mercado nem os concorrentes, mas sim a concorrência, sempre com o fito de proteger o consumidor. Reconhece-se, portanto, que a

contudo, que empresas com poder de mercado despertam maior atenção das autoridades antitruste, não em função de um processo de demonização dos agentes “fortes”, mas porque é natural presumir que quanto maior for o poder de mercado detido por determinado agente, maiores são os estragos na ordem concorrencial que poderá causar caso abuse do poder que detém.³³

Definido no que se traduz a expressão “posição dominante” e quando a conduta do agente que a detiver será punível, o próximo passo consiste em verificar quais dados apontarão, no caso concreto, para a existência de poder de mercado do agente e, conseqüentemente, para a possível ilicitude da conduta. Já está claro, entretanto, que o poder de mercado só é aferível dentro de um mercado limitado geograficamente e materialmente, o chamado mercado relevante, no qual o agente travará suas relações de concorrências. Pela essencialidade da noção de mercado relevante para a discussão dos indicativos da existência de posição dominante³⁴, este conceito será aprofundado a seguir.

concorrência invariavelmente causará perdas para os concorrentes, mas estas perdas poderão ser lícitas (decorrentes de vantagens competitivas) ou ilícitas, sendo puníveis somente no último caso. Sob o argumento de que o termo *competition on the merits* é amplo demais e vem sendo utilizado como atalho pelas Cortes diante da dificuldade em se obter conceitos mais precisos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) propõe testes que poderão ser utilizados pelas Cortes para apurar se a conduta do agente no mercado é lícita ou não. A esse respeito, vide o Policy Brief de junho de 2006 da OECD, disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/10/27/37082099.pdf>>. Acesso em 27/02/2012.

³³ Se por um lado é verdade que não se pune (e nem se deveria punir, sob flagrante atentado à ordem constitucional) o poder de mercado em si mesmo, por outro lado correntes doutrinárias diversas apontam para a importância da dispersão do poder econômico para a preservação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, “a necessidade de uma pluralidade de centros disseminadores de informação mostra-se ainda mais premente considerando que o poder econômico tende a transbordar os limites do mercado e se expandir para a seara político-legislativa, na qual tem possibilidade de movimentar a elaboração e aplicação do direito. (...) O risco de captura do Estado por um grupo de agentes econômicos é reduzido quando estes não possuem poder de mercado, mas se encontram sob a estrita e constante vigilância de concorrentes, consumidores e outras classes que, no jogo econômico, dificultarão o processo de captura.” SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 91.

³⁴ Observe-se, contudo, que nem sempre a verificação do poder econômico dependerá da definição do mercado relevante. Este se traduz apenas no método mais aceito para se realizar esta verificação. Em outras palavras, “sufficient economic power” could be established in a number of ways, not all of which were related to the concept of market power. Early [U.S.] Supreme Court cases were concerned with sellers forcing customers to accept unpatented products in order to be able to use a patent monopoly, and the patent rights were deemed to give the seller ‘sufficient economic market power.’ In later cases, ‘sufficient economic power’ was “inferred from the tying product’s desirability to consumers or from uniqueness in its attributes” or from the fact that ‘the seller has some advantage not shared by his competitors;’ and as mentioned earlier, in *Northern Pacific Railway v. United States* the mere ‘existence of [a] host of tying arrangements in itself’ was

2.3.2.1 O conceito de “Mercado Relevante”

O mercado relevante é aquele no qual a empresa trará suas relações de concorrência, em que atuará o agente cuja conduta presente ou possível conduta futura (no caso das concentrações) será analisada.³⁵ Sua fixação é requisito fundamental para a avaliação dos efeitos trazidos pelo art. 36 da atual Lei Antitruste, uma vez que eventuais impactos anticoncorrenciais só poderão ser aferidos em determinado mercado, precisamente o mercado relevante. A conceituação de mercado relevante, contudo, não é tarefa simples e vários métodos e indicativos já foram propostos neste estudo. A conjugação de dois fatores, o mercado geográfico e o mercado material em que atua o agente, é a abordagem mais aceita pela doutrina especializada como critério para a definição do mercado relevante no caso concreto.

O mercado geográfico sempre será a área territorialmente delimitada em que se travam as relações de concorrência. Não dependerá apenas da localização do agente, mas também das características do produto e da conduta sob análise. Nas palavras de Paula Forgioni:

[o mercado geográfico] pode ser compreendido como a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços que pratica sem (i) perder um grande número de clientes, que passariam a utilizar-se de um

regarded as ‘compelling evidence of [a firm’s] great power’ in the absence of other explanations. Not surprisingly, in this case, the Court did not take the preliminary step of defining the relevant market.” EVANS, David S. PADILLA, A. Jorge. ALBORHN, Christian. *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality*. In: Antitrust Bulletin, v. 49, 2004, p. 09. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/comments/219224_b.htm>. Acesso em 07/06/2012.

³⁵ “O mercado relevante para uma determinada análise concreta é o menor mercado - no sentido de menor espaço econômico - que permite esse exercício (...) de poder de mercado.” POSSAS, Mário Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito de defesa da concorrência*. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 3, n. 5, 1996. No mesmo trabalho o autor indica que é pacífica a adoção pela jurisprudência brasileira da definição trazida pelos *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (1992) para o conceito de mercado (do qual logicamente deriva o conceito de mercado relevante) e que se traduz como “um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno, mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”. Ibidem. p. 02. Tradução do autor.

fornecedor alternativo situado fora da mesma área ou (ii) provocar imediatamente a inundação da área por bens de outros fornecedores que, situados fora da mesma área, produzem bens similares.³⁶

É claro que se deve pressupor um grau mínimo de paridade nas relações comerciais travadas neste mercado fisicamente definido. Foi neste sentido a decisão da Corte de Justiça Europeia no caso *Banana Chiquita*³⁷, no qual durante a delimitação do mercado geográfico em que atuaria a empresa *United Brands* (“*Banana Chiquita*”) a Corte desconsiderou alguns países em que a empresa atuava por entender que os subsídios governamentais de tais territórios impediam que as relações de concorrência ocorridas em seu interior fossem similares às demais.

Se para a delimitação do mercado relevante a definição do mercado geográfico é importante, a delimitação do mercado geográfico também necessitará de critérios próprios³⁸. Os hábitos dos consumidores, por exemplo, poderão indicar se determinado consumidor se afastaria (e o quanto se afastaria) do local em que está acostumado a adquirir um produto para adquirir outro que lhe proporcione utilidade similar.³⁹ Ainda, os custos de transporte se apresentam como um dos critérios de maior relevância para esta delimitação, especialmente em um país de proporções continentais como o Brasil, em que regiões diferentes apresentam infraestrutura e, conseqüentemente, custos de transportes muito díspares.⁴⁰ Mencionam-se ainda como critérios relevantes na análise proposta as características do produto (durabilidade, resistência, etc.), incentivos das autoridades locais para a

³⁶ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p 213.

³⁷ *United Brands v Commission of the European Communities*, Case 27/76 [1978] ECR 207, julgado em 14 de fevereiro de 1978. A *United Brands*, importadora de bananas latino-americanas e responsável pelo seu fornecimento para diversos distribuidores na Europa, foi condenada por abuso de posição dominante em razão da prática de preços discriminatórios e abusivos e recusa em contratar, dentre outras violações ao art. 82 do Tratado de Amsterdam (art. 86 na época).

³⁸ Para uma análise mais pormenorizada das principais condicionantes na delimitação do mercado geográfico, vide FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 216 e ss.

³⁹ Este critério está intrinsecamente vinculado à fungibilidade (ou “substitutividade”) do produto e à noção de demanda cruzada, e como tal só poderá ser aferido concretamente. Por exemplo, o aumento de 1% no valor do produto que o consumidor está acostumado a adquirir pode não justificar a ida desse consumidor a um ponto de venda localizado cinco quilômetros de distância mais longe e que ofereça um produto substituto. Contudo, um aumento de 5% no valor do produto pode justificar esta migração e, portanto, o deslocamento do consumidor na aquisição do substituto, o que alarga a noção de mercado geográfico no exemplo dado.

fabricação ou comercialização de determinados produtos, a taxa de câmbio e a existência de barreiras a entrada de novos agentes no mercado (consideradas como qualquer fator que torne esta entrada mais custosa).

O segundo conceito de grande importância na delimitação do mercado relevante será o mercado material⁴¹, entendido como aquele em que o agente trava suas relações de concorrência a partir do bem ou serviço ofertado. É aqui que o conceito de elasticidade cruzada da demanda assume grande relevância, pois produtos que possuam alta elasticidade cruzada devem ser incluídos no mesmo mercado relevante, uma vez que ao atribuir utilidade similar a eles, os consumidores estarão dispostos a substituir um produto pelo outro, o que implica dizer que o aumento de preços de um destes produtos levará a uma migração dos consumidores para o outro. Ocorre, contudo, que quanto mais produtos se incluem em um mesmo mercado relevante, mais o poder de mercado é diluído na análise. Assim, uma empresa pode deter 40% do mercado de gomas de mascar, o que configuraria um forte indício de poder econômico, mas apenas 10% do mercado de gomas, balas e *drops* (se o considerarmos em conjunto, em função de uma provável substitubilidade).

Foi exatamente isso que ocorreu no caso *Du Pont*⁴², julgado pela Suprema Corte norte-americana na década de cinquenta a partir do uso do conceito de elasticidade cruzada. Em suma, a *Du Pont* era acusada de dominar o mercado de papel celofane, mas em sua defesa alegou não possuir posição dominante, uma vez que não existiria um mercado de papel celofane, mas sim um mercado de embalagens flexíveis, que envolveria uma série de substitutos (papel manteiga e filmes plásticos, por exemplo). A empresa demonstrou que quando subia o preço de seus produtos, a procura pelos substitutos crescia. A Suprema Corte acolheu os argumentos da defesa e entendeu que no mercado de embalagens flexíveis, a *Du Pont* possuía poder de mercado pequeno, se não inexistente, o que não permitiria concluir que a *Du Pont* causou a exclusão de concorrentes do mercado.

⁴¹ Pode-se falar ainda em um terceiro item relevante à definição do mercado relevante é o mercado temporal, mas a maior parte dos autores irá inserir sua análise dentro do mercado material, pelo qual este conceito não será abordado em separado neste trabalho.

⁴²U. S. v. Du Pont 351 U.S. 377 (1956)

Grande parte da doutrina especializada reconhece hoje, contudo, que a existência de elasticidade cruzada não significa necessariamente que os produtos serão intercambiáveis. É possível que o aumento de preços configure abuso da posição dominante e leve o consumidor a adquirir um produto para o qual atribui utilidade consideravelmente inferior àquele que estava acostumado a utilizar, mas em relação ao qual não mais consegue arcar com o elevadíssimo preço.⁴³ É nesse sentido que se fala em “falácia do celofane”: É possível que a elasticidade cruzada do caso *Du Pont*, determinante para o resultado favorável da empresa, nada mais tenha sido do que prova do abuso de posição dominante do qual a empresa era acusada.

Ainda, o mercado relevante material não pode prescindir, como já indicado, de uma análise da elasticidade cruzada da oferta sempre que o comportamento do agente sob análise depender das estratégias adotadas por outros produtores. Contudo, nas palavras de Paula Forgioni, nessa análise é fundamental que se leve em consideração a real possibilidade do produtor que oferece concorrência potencial conseguir colocar seus produtos no mercado e atingir o consumidor.⁴⁴

O que se percebe é uma tendência das autoridades antitruste em reduzir a abrangência do mercado relevante tomado para análise. Daí decorre que o poder de mercado aparece configurado com mais frequência e os efeitos anticompetitivos de determinadas práticas, quando analisados, fortalecem-se pela desconsideração de sua diluição em um mercado mais abrangente. Ainda e principalmente em processos de concentração, a doutrina alerta que duas empresas podem vir a ser tomadas como integrantes de um mercado independente quando, na verdade, são concorrentes entre si. A verdade é que o mercado relevante é um conceito instrumental de grande relevância na aplicação de políticas econômicas por permitir

⁴³HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 98 e ss.

⁴⁴ “Vale, contudo, a advertência: a possibilidade de alteração da produção deve ser ‘fácil, rápida e provável’. O potencial fabricante há de, efetivamente, deter condições (know-how, pessoal e equipamentos) de iniciar a fabricação de outro bem, as perdas decorrentes de eventual saída do mercado em caso de insucesso (sunkcosts) devem ser reduzidas e barreiras à entrada transponíveis sem grandes esforços ou investimentos.” FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

a “flexibilização do texto normativo, colocando-o a serviço da política a ser implementada”⁴⁵, donde surge a grande preocupação em relação ao tema.

Por fim, bem ilustrativo de como o conceito de mercado relevante pode ser ampliado ou reduzido na tentativa de configurar ou não o poder de mercado é o ato de concentração julgado pela CADE no que se refere à aquisição da *Matte Leão* pela *Coca-Cola*.⁴⁶ A controvérsia se deu pelo fato da *Coca-Cola* ser a responsável pela distribuição do *iced tea Nestea*, da *Nestlé*, no país. Primeiramente, em uma tentativa de desconstituir seu poder de mercado a *Coca-Cola* alegou que o mercado relevante sob análise deveria ser aquele de todas as bebidas comercializáveis, desde que não alcoólicas. Em um segundo momento e em sentido diametralmente oposto, propôs que o chá-mate (representado pelos produtos secos da *Matte Leão*) e o chá pronto para beber (como é o caso do *Nestea* e mais alguns produtos de titularidade da *Matte Leão*) fossem considerados mercados relevantes distintos. A estratégia adotada deixa claro que tanto a ampliação em demasia quanto o reducionismo excessivo podem desconfigurar a posição dominante que estaria lá em uma análise menos técnica e mais intuitiva. O CADE aprovou a concentração, embora tenha concluído por potenciais efeitos anticoncorrenciais e demandado a assinatura de um termo de compromisso às requerentes, no qual o Grupo *Coca-Cola* abriu mão da distribuição dos produtos da marca *Nestea* no país.

2.3.2.2 Indicativos da existência de posição dominante

Não obstante o conceito de mercado relevante seja fundamental à apuração da posição dominante de determinado agente, ainda assim é necessário buscar outros indicativos que permitam mais satisfatoriamente delimitar a estrutura do mercado em questão.⁴⁷ Essa foi a forma encontrada de mitigar equívocos nas

⁴⁵ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 229.

⁴⁶ Processo Administrativo nº 08012.001383/2007-91. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 06/10/2012.

⁴⁷ Mais especificamente no que se refere ao tema deste trabalho, vale ressaltar as palavras de Paulo Eduardo Lilla: “Para fins de análise antitruste das vendas casadas, há uma série de formas pelas

análises pautadas unicamente pelo método neoclássico do monopolista hipotético, adotado nos EUA e no Brasil⁴⁸, e pela análise da substitutibilidade, cara às Cortes europeias.

Primeiramente, há o conceito de parcela do mercado (*market share*)⁴⁹. Um alto percentual de *market share* funciona como um forte indício da existência de poder de mercado, embora isoladamente pouco tenha a oferecer. A análise da parcela de mercado detida pelo agente somente fará sentido na apuração do poder de mercado se tomada em conjunto com a parcela de mercado detida pelos seus concorrentes. Adicionalmente, a verificação da oscilação do poder de mercado dos agentes pode ser feita também temporalmente e nesse caso terá ainda mais a oferecer para a análise antitruste: *market shares* com alta oscilação podem indicar uma eficiência competitiva resultante de alto grau de inovação no segmento. Ainda, uma empresa cujo ingresso em determinado segmento seja recente, mas seu *market share* demonstre consistente elevação, pode indicar que no mercado em questão as barreiras a entradas de agentes são pequenas.

A Lei Antitruste brasileira prevê, em seu art. 36, §2º, que a posição dominante “é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Tal dispositivo constitui indicativo à autoridade reguladora brasileira, permanecendo um critério flexível à análise casuística, que não pode ser abandonada em matéria antitruste. Isso implica dizer que um agente poderá ser considerado detentor de posição dominante – e, portanto,

quais será possível determinar se o fornecedor possui poder de mercado. Diversos casos julgados pela Suprema Corte norte-americana envolveram agentes econômicos titulares de patentes que forçavam os compradores a adquirir produtos não patenteados como condição para o licenciamento do produto patenteado. Em outros casos julgados pela Suprema Corte, o poder de mercado foi inferido pela presença de características particulares que tornam um determinado produto especialmente atrativo, ou único, ao adquirente, fazendo com que o fornecedor obtenha vantagens competitivas em relação aos seus concorrentes. Se o produto é único pelo fato de que nenhum outro agente econômico é capaz de produzi-lo, o poder de mercado do fabricante desse “produto único” poderia ser presumido.” *Elementos para a caracterização das vendas casadas como Infração à ordem econômica*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 10, 2007.

⁴⁸ Não há dúvida de que este é o método por excelência eleito para a análise do poder de mercado no Brasil, uma vez que está intrinsecamente relacionado com a determinação do mercado relevante. Para se chegar a esta conclusão basta conferir o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, integrante da Portaria Conjunta SDE/SEAE 50, datada de 01/08/2001.

⁴⁹ Maiores informações sobre o cálculo da parcela de mercado e suas limitações podem ser encontradas no *Assessment of Market Power* do órgão antitruste inglês (*Office of Fair Trade*), disponível em http://oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/ca98_guidelines/oft415.pdf. Acesso em 04/03/2012.

sua conduta poderá ser classificada como abusiva – ainda que detenha percentual inferior ao indicado na letra da lei.

Outro elemento relevante na análise do poder de mercado é a concorrência potencial e a existência de barreiras à entrada de novos agentes. É consenso na doutrina que a ausência de concorrência real ou potencial funciona como um forte indício de que há posição dominante, pois permite ao agente agir como se monopolista fosse, livre da pressão que sobre ele recairia em uma situação de concorrência perfeita. Ora, nesse caso poderia se agir com indiferença e independência em relação aos demais agentes econômicos, e é exatamente esta a definição por excelência da posição dominante. Numa situação em que inexistam barreiras à entrada de novos agentes no mercado e em que, portanto, o custo do fracasso (*sunk cost*)⁵⁰ seja reduzido, os agentes econômicos que não atuam no mercado podem facilmente direcionar parte de sua produção a ele, uma vez identificada a oportunidade, o que serve para recriar a condição de concorrência e frear o abuso de posição dominante. O mesmo raciocínio se aplicaria para agentes que produzem abaixo de sua capacidade máxima por questões de eficiência.

Contudo, a entrada de novos competidores no mercado ou o aumento da produção daqueles que lá se encontram, mas produzem abaixo de sua capacidade, ocorre em determinado espaço de tempo. E é precisamente nesse lapso temporal que não haverá como se compensar os efeitos danosos oriundos do comportamento do agente que abusou da posição dominante que detinha. Daí que o agente poderá abusar de sua posição dominante se os ganhos neste espaço temporal superarem eventuais perdas uma vez que a concorrência tenha se estabelecido. Logicamente, a concorrência e a existência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado é fator relevante, mas não essencial na análise do poder econômico de uma empresa.

A elasticidade cruzada, tanto da oferta quanto da demanda, e que já foi referida neste trabalho como “fungibilidade” ou “substitutibilidade”, é outro fator relevante sobre o qual se debruçam as autoridades antitruste em seus julgados (é o caso, por exemplo, dos já citados casos *Du Pont*, *Kodak*, *Jefferson Parish* e , no Brasil, da compra pelo *Grupo Coca-Cola* da empresa *Matte-Leão*). Por já se ter

⁵⁰ Por *sunk costs* entenda-se os “custos irrecuperáveis que o agente econômico deverá incorrer caso decida cessar suas atividades econômicas em determinado mercado.” FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

citado o tema quando da discussão do conceito de mercado relevante, sua análise não será aqui estendida.

Conceitos relevantes ainda à análise do poder de mercado são a potência econômica (entendida aqui como a disponibilidade de recursos financeiros ou a facilidade em captar receitas) do agente ou do grupo econômico ao qual ele pertence; o alto grau de integração vertical da empresa que controla várias fases do processo produtivo do produto; e o domínio de tecnologia, especialmente no que se refere às patentes.

Outra forma, e última a ser pormenorizada neste trabalho, de abordagem da posição dominante do agente é aquela que presume a posição dominante da própria existência da conduta, colocando de lado a análise das estruturas que permeiam o mercado relevante em que o agente e seus (reais ou potenciais) competidores se inserem. Nesta concepção, a leitura da conduta de um agente que pratica venda casada seria a de que ele o faz por possuir posição dominante, independentemente de outros elementos envolvidas. Essa abordagem tem aparecido inclusive em julgados do CADE⁵¹ e preocupa pela circularidade da resposta que fornece (a caracterização da conduta como ilícito depende, em parte, da posição dominante; a posição dominante existe porque houve a conduta). Em última instância, a preocupação é que se puna empresas fortes por serem fortes, sem levar em consideração os demais elementos que permeiam a conduta e, principalmente, sua eficiência (tanto na visão neoclássica dos preços quanto na proposta da Escola de Freiburg para a liberdade de escolha).

2.3.3 Dependência Econômica

A relação de dependência pressupõe a existência de no mínimo dois agentes e a ausência de alternativas, tanto objetivas quanto subjetivas, de um deles em relação ao outro, obrigando um a sujeitar-se às práticas do outro. Em outras palavras, a dependência econômica se verifica sempre que para um destes agentes o outro não puder ser substituído por um equivalente (e não se irá buscar

⁵¹ FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 301.

equivalentes por meio de uma análise subjetiva das preferências de determinado agente econômico, mas sim munidos de dados empíricos). Quando se faz referência à dependência objetiva, trata-se de analisar se existem no mercado outros agentes capazes de substituir o agente tomado como referência, enquanto que sob a ótica subjetivista a preocupação é de analisar se o ônus a ser suportado em caso de mudança de agente com o qual aquele em posição de dependência estabelece determinada relação seria tão alto que, na prática, inviabilizaria a troca.⁵²

Tecidos estes comentários preliminares, é importante retomar o que já foi dito anteriormente sobre o tratamento da dependência econômica na doutrina de Calixto Salomão Filho: o autor entende que a análise econômica das negociações compulsórias, gênero do qual as vendas casadas seriam espécie, peca por reduzir a fonte de coerção ao poder econômico, quando na verdade tal fonte seria a dependência econômica, sendo o poder econômico apenas uma de suas formas de configuração.⁵³ Tal posicionamento se justifica ao se tomar a superação da posição dominante do agente exigida no modelo neoclássico de análise das condutas em prol do reconhecimento de figuras como a posição dominante relativa.

Nesta linha, a dependência econômica poderia ser dividida em absoluta e relativa. Será absoluta sempre que houver a vinculação de todos os agentes envolvidos em determinado mercado, como nas hipóteses de poder de mercado, deficiências (ou assimetria) de informação e retornos crescentes de escala. Será, contudo, relativa, se a vinculação se der apenas em relação a alguns agentes específicos atuando naquele mercado, como nos casos de dependência de sortimento, dependência empresarial e dependência conjuntural.

a) Poder de Mercado

O poder de mercado já foi tratado anteriormente neste trabalho, pelo que não será abordado aqui, senão para duas breves considerações. A primeira é parab

⁵² PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no direito da concorrência. Coimbra: Almedina, 2001. p 89.

⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p 205.

se lembrar, mais uma vez, que tanto o poder de mercado como os demais tipos de dependência não caracterizam ilícito *per se*, sendo fundamental que ocorra o chamado “abuso da posição dominante” ou “ato tendente à dominação do mercado” nos termos do art. 36, caput da Lei Antitruste. A segunda é para indicar que o próprio conceito de poder de mercado é contestado por alguns autores, como POSNER, para quem o poder de mercado não deve ser buscado em tais análise pelo fato de todos os agentes que atuam em dado mercado o deterem em algum grau, uma vez que, inexistindo um ambiente de concorrência perfeita, o agente sempre terá ao menos os chamados “consumidores cativos”. O que se busca aferir, na verdade, quando se afirma buscar o poder de mercado seria o poder de monopólio, expressão que denotaria o poder de controle do agente sobre os preços e o fornecimento que excede com folga o poder de mercado mínimo titulado pela maioria dos agentes.⁵⁴

b) Deficiência ou assimetria de informação

Outra forma entabulada como dependência absoluta é a chamada deficiência ou assimetria da informação. Fato é que nem sempre dois agentes econômicos atuando em um dado mercado irão dispor do mesmo nível de informação, e esta assimetria aumenta ainda mais caso o poder econômico destes agentes seja díspare.⁵⁵ É em geral o que ocorre nas relações entre fabricantes e consumidores. A assimetria de informações ocorre pelas mais diversas razões: as pessoas podem omitir ou repassar informações sabidamente equivocadas para

⁵⁴ POSNER ressalta que poder de monopólio não se refere àquele detido por um agente com 100% de *market share*. Indica também que uma empresa com este percentual de mercado poderia titular um monopólio sem possuir poder de monopólio. *Antitrust law*. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 195-196.

⁵⁵ A bem da verdade, “o funcionamento eficiente do mercado pressupõe, entre outros elementos, a existência de informação completa e simétrica. Em outras palavras, para que os preços de mercado possam desempenhar eficientemente as funções de coordenação e alocação de recursos que usualmente lhe são atribuídas, é necessário que as informações a respeito das condições de oferta e demanda existam e estejam disponíveis para todos os agentes econômicos”. FAGUNDES, Jorge. *Assimetria de Informação, Risco Moral e Reputação: O Caso Copesul*. In: MATTOS, César. *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003, p. 223.

obter vantagens na barganha, podem também não transmitir a informação para não arcar com os custos que estão envolvidos nesta transmissão e é possível até mesmo que o receptor não compreenda as informações que lhe foram repassadas ou ignore racionalmente a informação quando o custo de sua obtenção supera os benefícios auferidos.⁵⁶

Fato é que a assimetria de informação consiste em uma das mais reconhecidas falhas de mercado, visível principalmente nas relações de consumo, em que um dos lados possui o domínio da técnica (o fornecedor), enquanto o outro, via de regra, está desprovido de informações que lhe permitam tomar uma decisão da qual extraia máxima utilidade (o consumidor).

Especificamente quando se trata de vendas casadas, com frequência a assimetria de informação ocorre no chamado *aftermarket*, ou mercado secundário, em que se encontram os serviços de assistência técnica e peças de reposição de um determinado bem. Ao adquirir o bem principal (aquele do mercado principal – pensemos nas fotocopiadoras do já citado caso *Kodak*) na maior parte das vezes o consumidor, cuja informação é assimétrica à do produtor, não consegue avaliar os custos que precisará suportar no mercado secundário em relação a este bem e, portanto, avaliar qual, dentre as opções ofertadas pelo mercado, lhe é mais favorável. Via de regra, por não possuir informações adequadas sobre o ciclo de vida do equipamento (o “*life cycle*” também citado no caso *Kodak*) ou até, em função dos custos para obtenção de tal informação, o consumidor no momento da compra considera apenas os custos do mercado primário, ignorando aqueles custos futuros do mercado secundário.

c) Retornos crescentes de escala

Ainda como forma de dependência absoluta há os retornos crescentes de escala. Por muito tempo prevaleceu o postulado dos retornos decrescentes de escala que em linhas gerais indicava que a produção e o nível de satisfação do consumidor aumentavam em conjunto, o que tornava cada vez mais difícil e menos

⁵⁶ COOTER, Roberto. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 233

lucrativo a venda de uma unidade adicional do produto. No entanto, nos chamados “serviços de rede”, como os serviços de telefonia, todos os usuários acabam por integrar-se em uma única rede e para cada usuário adicional que adere à ela, maior a utilidade extraída pelos demais. É o chamado “efeito ds rede” (*network effect*) ou “benefício de rede” (*network benefit*).⁵⁷

Deve-se notar, todavia, que nem só externalidades positivas derivam das redes, pois sua tendência ao monopólio natural muitas vezes ocorre não em função de eficiência, mas de práticas predatórias. As redes criam dependência e, portanto, facilitam a coerção de seus membros. Esta dependência é explorada principalmente no que se refere à compatibilidade: os produtos que se ligam a determinada rede devem ser compatíveis entre si. Daí que o agente pode se engajar em uma estratégia predatória na qual cria um novo produto principal (uma nova rede), sem nenhuma melhoria ou inovação que a justifique e com o único intuito de causar incompatibilidade com os produtos acessórios fornecidos pelos seus concorrentes. Outra opção, a qual interessa mais no presente trabalho, seria a criação de um novo produto principal com melhoria e inovação, mas a criação também de produtos acessórios compatíveis apenas com o produto principal. Estas práticas não são condenáveis se a incompatibilidade entre sistemas decorrer natural ou necessariamente da utilização da nova tecnologia, embora a própria noção de “natural” ou “necessário” seja de difícil aferição.⁵⁸ Foi este o argumento da *Microsoft* no caso envolvendo a vinculação do navegador *Internet Explorer* ao sistema operacional *Windows*.

Por fim, importante mencionar a posição Corte Europeia ao investigar a *IBM*, em meados dos anos oitenta, por práticas desta natureza, e que desenvolveu, na análise do caso, a teoria da negociação compulsória implícita (*implicit tying*). Esta construção afirma ser a venda casada uma derivação necessária e presumida da criação de incompatibilidade com os produtos dos concorrentes, uma vez que ao consumidor a única alternativa será adquirir os produtos em conjunto. Tal presunção

⁵⁷ Para maiores detalhes ver PRIEST, George L. *Repensando o direito da concorrência na era das indústrias de rede*. In: Revista do Direito Público da Economia, nº 27, 98-13. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p 211-212.

certamente é possível, mas sempre será relativa e dependerá de outros elementos probatórios de ordem técnica ou estrutural.

d) Dependência de sortimento, empresarial e conjuntural.

As dependências relativas são aquelas relacionadas a um grupo específico que atua em dado mercado e não a todos os seus agentes. Pode-se citar como formas de dependência relativa a dependência de sortimento, a dependência empresarial e a dependência conjuntural (ou passageira). Em linhas gerais, por dependência de sortimento entende-se aquela relacionada à presença essencial de determinado produto para um dado agente. O exemplo típico é aquele que se refere a uma determinada marca com forte apelo ao consumidor, a qual o varejista se sentirá obrigado a disponibilizar ao público.⁵⁹ Podemos ainda citar o caso dos atacados, os quais, pela natureza do negócio, possuem uma dependência de sortimento como um todo. É possível até mesmo encaixar aqui a dependência de fabricantes em relação aos grandes pontos de venda e seus espaços de gôndola.

Por dependência empresarial entende-se aquela associada a relações contratuais continuas firmada entre as partes, as quais criam vínculos econômicos de longa duração entre elas. Já a dependência conjuntural ou passageira será aquela resultante de algum fator extraordinário e temporalmente limitado que irá alterar a dinâmica do mercado e colocar um agente em relação de dependência no que se refere a outro, ao menos durante este período. Isso pode ocorrer, por exemplo, sempre que houver alguma espécie de escassez.

⁵⁹ A hipótese de dependência de sortimento muitas vezes relaciona-se ao poder de mercado associado a uma única marca (*single brand market power*), ainda que o titular deste registro não possua posição dominante no mercado em que atua. SULLIVAN e GRIMES resumem o fenômeno, e fazem um cotejo em relação à dependência de informação, nos seguintes termos: “*assim como um monopolista puro, o vendedor cujo produto está atrelado a uma determinada marca pode se deparar com uma curva de demanda inelástica que lhe permita subir os preços sem afetar o volume de venda dos produtos. As origens do poder de mercado associado a uma marca são variadas, mas em geral estão associadas às informações disponíveis aos compradores. Um fabricante com uma marca forte, por exemplo, pode ter consumidores leais que absorvem o aumento dos preços ao invés de buscarem substitutos. A base desta lealdade à marca pode ser informações corretas sobre as características do produto de marca favorecida e as marcas rivais, mas também pode ser baseada em informações incorretas, incompletas ou ultrapassadas.*” (tradução livre). *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p. 445.

Concluída esta breve abordagem dos conceitos de coerção, poder econômico e dependência econômica, os quais permeiam a análise da caracterização da venda casada, a seguir serão analisados os efeitos anticoncorrenciais atribuídos a esta conduta e que justificariam sua regulação e sanção no âmbito do antitruste sempre que verificados.

3 EFEITOS E JUSTIFICATIVAS ATRIBUÍDAS ÀS VENDAS CASADAS

3.1 POTENCIAIS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DA CONDUTA

A preocupação com a disciplina das vendas casadas, que serve de justificativa para sua regulação e controle pelas autoridades antitrustes, decorre dos possíveis efeitos anticoncorrenciais atribuídos à prática e que resultariam em lesão não apenas aos competidores, como também e em decorrência natural, aos consumidores. Como já dito, o tratamento inicial conferido ao tema pelas Cortes norte-americanas se pautava na ilegalidade *per se* da conduta, sem que houvesse uma análise mais aprofundada em relação aos efeitos reais que a prática causava no mercado, inclusive em relação a possíveis eficiências ou derivações pró-competitivas envolvidas na vinculação de um produto a outro.

Com o passar dos anos, diversas teorias foram surgindo para explicar efeitos negativos que a venda casada poderia oferecer, ao mesmo tempo em que se reconhecia que, na ausência destes efeitos (ou de elementos que poderiam levar a sua concretização), não haveria motivos para se condenar a prática.⁶⁰ A Escola de Chicago foi determinante nesta mudança de posicionamento das Cortes, não obstante suas conclusões de natureza bastante liberal não encontrem guarida em boa parte da doutrina atual que se dedica ao estudo deste fenômeno.⁶¹ Essa evolução no entendimento das autoridades reguladoras e, principalmente, dos Tribunais, não se deu apenas no que se refere à venda casada, mas sim no campo

⁶⁰ Na verdade as Cortes norte-americanas desenvolveram algumas regras para determinar se dada prática de venda casada seria ou não um ilícito *per se*. Contudo, a partir do momento em que estas regras incluem o fator “causar efeitos anticoncorrenciais” dentre os requisitos para a ilegalidade *per se*, parece que não se pode falar em ilegalidade *per se* da prática, uma vez que dita ilegalidade está atrelada aos efeitos que a prática causará, ainda que potencialmente, no mercado. Seria mais adequado então invocar a chamada regra *quasi per se*. Neste sentido, ver HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 201, 1p. 436, 447 e 448.

⁶¹ A Escola de Chicago entendia que sendo o resultado da prática economicamente eficiente, não seria possível falar em ilícito antitruste. Defendia, portanto, o caminho inverso: a legalidade *per se* da prática sempre que esta se mostrasse economicamente eficiente. Contudo, hoje se reconhece que além da eficiência em sentido estrito, os custos sociais da prática e a liberdade de escolha do consumidor devem também ser tutelados. Neste sentido posicionam-se claramente Lawrence Sullivan e Warren Grimes, ou, na doutrina nacional, Calixto Salomão Filho.

do antitruste de maneira geral – até porque a maior parte dos tradicionais efeitos atribuídos às vendas casadas são imputados também às outras práticas das chamadas negociações compulsórias, gênero do qual a venda casada configura uma espécie.

É ainda mais fácil defender que os efeitos são essenciais para a caracterização da conduta do agente como ilícito antitruste em uma legislação como a brasileira, que traz um rol não taxativo de condutas (dentre as quais, de todo modo, a venda casada está inclusa), mas condiciona sua ilicitude à produção de efeitos também previstos em lei.

Fato é que a análise da venda casada, como a de outras figuras que compõem o antitruste, não pode prescindir de uma racionalização econômica (o que não significa, por outro lado, que as concepções de cunho jurídico-valorativo deveriam ser deixadas de lado, como críticos da *Law & Economics* poderiam defender – este ponto será, aliás, abordado no próximo capítulo). A proposta desta seção é, partindo das premissas apresentadas até aqui (e que, recapitulando brevemente, são: (i) a configuração da vendas casadas depende de requisitos prévios como a vinculação de dois produtos, a coerção e a dependência econômica; e (ii) estes requisitos não tornam a venda casada ilícito *per se*, sendo necessário avaliar os efeitos da conduta na prática), expor as principais teorias que explicam, em menor ou maior grau, a preocupação com esta prática como forma de excluir ou aumentar injustificadamente as barreiras de entrada de concorrentes no mercado primário ou secundário.

3.1.1 Alavancagem (*Leverage*)

A teoria da alavancagem (no original, *leverage theory*) foi uma das primeiras construções econômicas criadas para explicar potenciais efeitos anticompetitivos das vendas casadas e utilizada para fundamentar condenações de agentes engajados nesta prática.⁶² Em resumo, a teoria da alavancagem dirá que o agente com monopólio no mercado do bem principal (e poderemos entender “monopólio”

⁶² A Suprema Corte norte-americana adotou a teoria da alavancagem pela primeira vez em 1917 no caso *Motion Picture Patents v. Universal Film Co.*, 243 U.S., 502 (1917).

pelo conceito de “poder de monopólio” de POSNER) utilizaria a venda casada para criar um monopólio ou algum tipo de vantagem competitiva também no mercado do produto vinculado. O expediente seria, em resumo, atrelar a venda de um produto em cujo mercado o agente goza de algum poder de monopólio a outro, integrante de mercado diverso, de modo que com isso o agente conseguisse aumentar seu *market share* neste mercado do produto vinculado, “*com uma perigosa probabilidade de sucesso em monopolizar o mercado secundário*”.⁶³ A ideia aqui é a de que o monopolista utilizaria a venda casada para ampliar os lucros de monopólio de que desfruta no mercado primário também no mercado secundário, uma vez que o consumidor irá pagar um preço mais alto pelos produtos do que pagaria se os adquirisse separadamente e fosse sujeito a preços de monopólio apenas no mercado primário. A definição tradicional fala em mercados materiais distintos, mas muitas vezes a alavancagem ocorre entre períodos de tempo distintos, mercados geográficos distintos para um mesmo bem, no *aftermarket* ou, mais especificamente, em um contexto vertical.

A Escola de Chicago, por meio dos trabalhos de BOWMAN, nos anos cinquenta, e POSNER, nos anos setenta, criticou duramente esta concepção, sob os argumentos de que a teoria da alavancagem: (i) falha em provar que o monopólio no mercado secundário seria uma consequência plausível da venda casada – apenas em situações nas quais os usuários do produto principal, dizem eles, sejam também os principais usuários do produto vinculado, o que não se configura como regra nos casos de vinculação de produtos, é que a venda casada poderia ser tomada como uma forma de obtenção de um segundo monopólio; (ii) não explica o que motivaria um agente monopolista do mercado primário a buscar lucros de monopólio no mercado secundário, uma vez que atuando em apenas um destes mercados os lucros monopolistas já são uma realidade.⁶⁴ Esta segunda acepção parte do racional de que se o preço dos produtos vinculados for superior ao dos produtos adquiridos individualmente, o consumidor irá parar de demandá-los em conjunto e, conseqüentemente, a procura pelo produto principal também irá cair. Assim, ao invés de alavancar seu poder de monopólio no mercado secundário, o fornecedor que se engajar na prática de venda casada cobrando preços supra competitivos irá,

⁶³ Verizon Communications Inc. v. Trinko 540 U.S 398, 415 n. 4.

⁶⁴ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 198-199.

no fim das contas, perder poder no mercado primário, o que não tornaria racional a adoção das vendas casadas por um agente se o objetivo fosse a dominação ou aumento do poder no mercado secundário e a cobrança de preços elevados ao consumidor.

De fato, a teoria da alavancagem perdeu força em função destas críticas. Contudo, a maior parte da doutrina contemporânea reconhece que embora a concepção mais tradicional da teoria da alavancagem não seja defensável sob a ótica econômica, variações desta teoria ainda merecem atenção na análise casuística das vendas casadas.⁶⁵

Primeiramente, as próprias críticas feitas à teoria pela Escola de Chicago devem ser olhadas com cautela, principalmente no que se refere à afirmação de que o monopolista não teria incentivos para buscar o monopólio no mercado secundário porque conseguirá apenas realocar a fonte de seu lucro monopolista, nunca aumentá-la, em um jogo de soma zero (se aumentasse o valor do bem do mercado secundário, diriam os filiados à corrente da Escola de Chicago, precisariam diminuir o valor do bem do mercado principal, sob pena dos consumidores deixarem de demandá-los). SULLIVAN e GRIMES dirão que esta construção desconsidera que o agente que pratica a venda casada não goza do poder de mercado de um monopolista hipotético e ignora a capacidade do consumidor em distinguir o acréscimo no valor pago pelos produtos quando estes são oferecidos em conjunto.⁶⁶ A crítica da Escola de Chicago parece partir de um modelo de concorrência perfeita e, portanto, irreal.

Quanto ao monopolista hipotético, por não possuir tal poder o agente não poderá chegar ao alcance de preços de um monopolista puro e, assim, poderá buscar outras formas de fazê-lo. Em relação ao segundo ponto, é evidente que há na relação de consumo uma nítida assimetria de informação. Via de regra, o consumidor não consegue avaliar com clareza o valor que está pagando por dois bens atrelados, principalmente quando na equação é envolvido o chamado

⁶⁵ O trabalho de Michael D. Whinston retomou, no início dos anos noventa, parte do prestígio que a teoria da alavancagem havia perdido após as críticas da Escola de Chicago. Para maiores detalhes, ver WHINSTON, Michael D. *Tying, Foreclosure and Exclusion*. In: *The American Economic Review*, v. 80, n.4, 837-859, 1991. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/2006711>>. Acesso em 02/04/2012.

⁶⁶ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p. 439.

aftermarket e o ciclo de vida do produto. Foi exatamente esta a conclusão a que se chegou no já mencionado caso *Kodak*. Naturalmente, portanto, essa falha de mercado poderá ser explorada pelo fornecedor em detrimento do melhor interesse do consumidor, que poderá pagar preços supra competitivos sem perceber que está sendo lesado. Mais do que isso, especialmente em mercados de escala muitas vezes atrelados a bens essenciais, como o da telefonia, o consumidor, pela essencialidade do serviço, pode saber que está pagando preços supra competitivos pelo, por exemplo, pacote de linha telefônica atrelado ao aparelho de celular, mas continuar a pagá-los porque a ausência do serviço o lesaria ainda mais. O ponto relativo às economias de escala será retomado a seguir, quando o descumprimento de tabelamento de preços em mercados regulados for abordado como um dos possíveis efeitos das vendas casadas.

HOVENKAMP cita como situações muito mais plausíveis de aplicabilidade da teoria da alavancagem, o caso de monopólios consecutivos e não simultâneos. O autor cita como exemplo o caso do CD-ROM e uma tecnologia criada para substituí-lo, o DVD-ROM. Se a empresa X possui uma posição de monopólio em relação à tecnologia atual, o CD-ROM, mas uma tecnologia incipiente, o DVD-ROM, deverá substituí-la em breve, é natural que a empresa X vislumbre que seu poder de monopólio será perdido. Assim, poderá exigir que os fabricantes que utilizarem sua tecnologia de CD-ROM utilizem também a sua de DVD-ROM, em uma tentativa de, por meio desta vinculação, transferir seu poder de monopólio para um momento futuro, em que a nova tecnologia irá substituir a atual.⁶⁷

3.1.2 Fechamento (*Foreclosure*)

Alega-se ainda que as vendas casadas podem ter como efeito o fechamento (*foreclosure*) do mercado do produto vinculado, excluindo concorrentes ou impedindo a entrada de novos competidores. Embora se tenha optado por tratar separadamente do fechamento como potencial efeito das vendas casadas, é

⁶⁷ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 461.

necessário notar que a alavancagem possui como consequência direta o fechamento. Imagine que a empresa Y detenha um *market share* de oitenta por cento e direitos de patente sobre uma determinada máquina alimentada por toners, os quais também são fabricados pela empresa Y. Se esta empresa adotar um sistema no qual não vende suas máquinas, mas opta pelo *leasing*, irá ser a responsável pela assistência técnica dos equipamentos para as quais, consequentemente, empregará os toners de sua fabricação. Os fabricantes de toners serão então excluídos do mercado, pois os consumidores não terão incentivos para comprar os *toners* diretamente deles.⁶⁸

Claro que se poderia argumentar que ainda assim, se a empresa Y passar a cobrar preços supracompetitivos os consumidores migrarão para suas concorrentes e o mercado a jusante se manterá. Este seria um argumento típico da Escola de Chicago, que resultaria na conclusão de que a prática apenas conseguiria se sustentar se fosse mais eficiente e se a exclusão dos competidores no mercado a jusante resultar de maior eficiência, não há como conferir à prática da venda casada a condição de ilícito. Essa linha de raciocínio peca, contudo, por mais uma vez ignorar a assimetria de informação no mercado em relação ao consumidor que dificilmente conseguirá avaliar se está pagando um preço supracompetitivo pelo pacote.

Deve-se notar, ainda, que não apenas os preços tenderão a se elevar para níveis superiores àqueles dos quais o consumidor gozaria em um ambiente com efetiva concorrência, como outros malefícios advém da diminuição no número de competidores: a inovação sempre tende a ser uma das primeiras prejudicadas.

HOVENKAMP nota que a mudança de foco no tratamento judicial conferido às vendas casadas nos Estados Unidos, no que se refere a um distanciamento da alavancagem em direção a considerações sobre o fechamento, ocorreu no caso *Jefferson Parish*, como um reflexo direto da preocupação com o poder de mercado que então passava a ser com a parcela de mercado. O interesse agora era pelo alcance das restrições impostas ao mercado pela prática e não apenas em relação à habilidade do agente praticar preços supracompetitivos por um curto espaço de

⁶⁸ O exemplo é de Paula Forgioni. *Os Fundamentos do antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 324-325.

tempo.⁶⁹ É necessário cautela, contudo, para que não se tome qualquer prática de vinculação de um produto a outro que resulte no fechamento de uma parcela substancial do mercado como ilícito. Tal prática não será anticompetitiva se a entrada em ambos os mercados for relativamente fácil, sendo que o que deve preocupar as autoridades garantes são as hipóteses em que as entradas sejam difíceis.

Foi dito que o fechamento está de certo modo atrelado à alavancagem, mas isso não explica como ele se opera. Os mecanismos por trás da prática das vendas casadas como facilitadora do fechamento do mercado do produto secundário são o aumento das barreiras à entrada de novos competidores neste mercado e o aumento dos custos dos rivais. Ora, o sucesso de uma estratégia de vendas casadas que pretenda dominar um mercado depende de meios que garantam que a concorrência não irá se restabelecer ainda que o agente engajado na conduta pratique preços supracompetitivos. Sem tais mecanismos, como no exemplo da Escola de Chicago, ao invés de dominar o mercado secundário, o agente muito provavelmente perderá parcela significativa do poder que detém no mercado primário (embora, mais uma vez, sempre seja possível arguir questões relativas à assimetria de informação).⁷⁰

A primeira maneira de garantir a conquista e manutenção do mercado secundário por meio da venda casada é a criação de barreiras à entrada no mercado secundário. A mais óbvia das barreiras não demanda nenhum esforço adicional do agente além da prática da própria venda casada: ao ser forçado a adquirir o produto do mercado secundário, o consumidor deixará de demandá-lo separadamente. Assim, os competidores serão forçados a entrar também no mercado primário. Isso, contudo, não elimina o fato de que em princípio a entrada no mercado primária ficaria facilitada, pois a venda casada representa um aumento de preço. No entanto, o agente poderá trabalhar com economias de escala se seu poder de mercado for considerável e, neste caso, combater com facilidade

⁶⁹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 463.

⁷⁰ “Seja a estratégia eterna, seja temporária, é preciso garantir que novos concorrentes, aproveitando-se do aumento indireto dos preços [ocasionados pela venda casada] no mercado principal, não adentrem o mercado de produtos primário. De outro lado, os novos produtores podem tentar entrar também no mercado de produto secundário”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228.

potenciais entrantes no mercado mediante simples redução de preço, que não causará prejuízo ou, se se o fizer, será compensado pelos lucros de monopólio que poderão ser obtidos tão logo a ameaça tenha sido eliminada.

HOVENKAMP ressalva, contudo, que se deve atentar ao conteúdo da expressão “barreiras à entrada”, pois “o fato de algo constituir uma ‘barreira à entrada’ nada diz sobre sua natureza socialmente benéfica ou danosa. A eficiência é em si mesma uma forte barreira à entrada”.⁷¹ O fato de se tornar necessário ao competidor adentrar no mercado principal e secundário não constitui por si só, entende o autor, uma barreira, a menos que haja disparidade em relação às economias de escala envolvida em cada um destes níveis.⁷²

Seja como for, barreiras à entrada podem contribuir para o fechamento do mercado porque aumentam os custos dos rivais. Empresas com alto poder de mercado podem aumentar seus preços se restringirem seu volume, mas também podem, com as barreiras à entrada, aumentar os custos de seus rivais, os quais, deparados com uma demanda que não sofreu alteração, irão diminuir seu volume de produção.⁷³

3.1.3 Descumprimento do tabelamento de preços

As vendas casadas podem ser também expedientes destinados ao descumprimento do tabelamento de preços por agentes que atuam em mercados fortemente regulados. O racional é bastante simples: o produto principal possui seu preço regulado por alguma agência governamental e este valor muito provavelmente está (ou deveria estar) abaixo do preço monopolístico que poderia ser cobrado pelo produto ou pelo serviço se inexistisse tabelamento. O agente, por meio da venda casada, associaria um segundo produto ou serviço a este primeiro, sendo que este

⁷¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p 462.

⁷² HOVENKAMP, *loc cit.*

⁷³ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p 123.

segundo produto ou serviço não possui seu preço regulado. Dessa forma, o pacote final será composto por um bem com preço tabelado e um bem sem preço definido pelas autoridades governamentais, o que dificulta o controle do valor final deste serviço e que será artificialmente inflado pelo agente, para que possa compensar no valor do produto do mercado secundário os ganhos que gostaria de ter no mercado primário.

SULLIVAN e GRIMES atestam que para BOWMAN o acréscimo de preços não seria superior àquele que o agente obteria ao vender o produto principal em um mercado que não fosse regulado. Os autores discordam, no entanto, desta conclusão, ponderando que a venda casada serve também para aumentar o poder de mercado do agente como um todo por meio da exploração das deficiências informacionais dos consumidores.⁷⁴

O tabelamento costuma ocorrer em mercados mono ou oligopolizados e que envolvem economias de escala, como a telefonia, no qual há fortes barreiras à entrada de novos agentes o que significa, portanto, que se as autoridades não verificarem a ocorrência da prática e colocarem um fim à ela, o mercado não irá sanar o problema por conta própria. HOVENKAMP lembra adicionalmente os serviços de utilidade pública, como energia ou telefonia, são os mais suscetíveis desta prática, primeiro por constituírem (ou serem tidos como) monopólios naturais na maior parte das vezes e, segundo, pelos baixos custos marginais e pela baixa elasticidade na demanda.⁷⁵

Quando por meio da venda casada o agente busca contornar os preços impostos por uma agência regulatória, o prejuízo não será somente o fato de o consumidor pagar um preço supra competitivo pela essencialidade do bem ou serviço ou, em um cenário menos provável, substituí-lo. A prática tende também a provocar o fechamento do mercado do produto secundário, tornando-o também um monopólio com a eliminação de competidores.

⁷⁴ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p 451.

⁷⁵ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p 465.

3.1.4 Discriminação entre os adquirentes

A discriminação entre adquirentes (do inglês *price discrimination*) se traduz pela cobrança de preços diversos, para compradores diferentes, por um mesmo bem ou serviço. A lógica é a de que compradores diferentes extraem uma utilidade diferente, em maior ou menor grau, de determinado bem ou serviço. Um particular que possua uma impressora em casa e uma empresa que a possua em seu escritório irão extrair uma utilidade diferente deste mesmo bem. O fornecedor não poderá, contudo, cobrar um valor diverso pela impressora a depender do comprador, não apenas pela dificuldade em discriminá-los (como medir a utilidade que cada um deles extrai do bem e fixar o preço a partir disto?), mas também pela possibilidade do comprador que extrai maior utilidade do bem (e para quem ele custa mais) deixar de adquiri-lo do fornecedor e passar a adquiri-lo do comprador para o qual o bem custou menos.

Essa impossibilidade, contudo, de se realizar a discriminação de preços ocorreria somente em um mercado de concorrência perfeita. Na prática, dirá HOVENKAMP, a discriminação ocorre rotineiramente, em especial em virtude dos custos de informação e custos de transporte.⁷⁶ Os vendedores podem ainda utilizar uma proporção variável de venda casada que permita esta discriminação entre adquirentes, ao possibilitar a diferentes compradores adquirir volumes diferentes do produto vinculado de acordo com as suas necessidades. No exemplo da impressora, muitas vezes isso significa cobrar um custo mais baixo pelo equipamento e obter um ganho maior nos *toners*, os quais são vendidos pelo mesmo preço aos adquirentes, ainda que a discriminação ocorra por meio da exploração da quantidade adquirida por aqueles que extraem maior ou menor utilidade do bem principal (os que usam “mais” ou “menos” a impressora). Não irá ocorrer a aquisição da impressora, neste caso, diretamente do comprador para o qual o bem custou menos, pois este cenário

⁷⁶ E o autor complementa: “Se um grupo de compradores não conhece o suficiente sobre as condições de um dado mercado (...), podem pagar um preço maior do que aqueles compradores que detenham tal conhecimento. Do mesmo modo, altos custos de transporte tornam possível às empresas obter ganhos maiores com compradores cativos mais próximos do que em relação aos mais remotos.” (tradução livre). HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 37.

deixa de existir e a utilidade que cada comprador extrai do bem passa a ser definida pelos próprios compradores de acordo com o volume de *toners* adquirido.

POSNER dirá que é a discriminação de preços sem efeitos anticompetitivos, e não a alavancagem, o efeito mais comum produzido pelas vendas casadas e que a reserva com a qual a discriminação de preços é vista decorre, em larga medida, das premissas errôneas com as quais o tema é encarado, principalmente no que se refere a tomá-lo como uma prática que leva a exclusão de competidores, o que não ocorreria a menos que preços predatórios estivessem envolvidos.⁷⁷ A discriminação de preços realizada por meio de venda casada com proporções variáveis em princípio beneficia e não causa dano ao consumidor. Contudo, o motivo de ser tomada como passível de gerar um efeito anticoncorrencial é, mais uma vez, a exploração da assimetria de informação do comprador por meio da venda casada. Isso porque se o vendedor conseguir turvar os cálculos de utilidade do comprador, a discriminação poderia ser facilmente empregada para elevar os custos para todos.⁷⁸

Não obstante também possa resultar em ganho de mercado, a discriminação entre adquirentes quando ilícita é empregada para fins de exploração do adquirente.

3.1.5 Outros efeitos

Além dos já detalhados acima, outros efeitos anticompetitivos atribuídos com frequência às vendas casadas são sua utilização como meio para encobrir a prática de preços predatórios ou, mais raramente, facilitar a colusão entre agentes.

No que tange à colusão entre agentes, a venda casada pode tornar a colusão mais estável. Em casos envolvendo a vinculação de produtos e serviços em linhas férreas norte-americanas⁷⁹, o comprador era obrigado a efetuar a compra do produto vinculado juntamente com a compra do produto principal apenas se nenhum

⁷⁷ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 202.

⁷⁸ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p. 62.

⁷⁹ *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958) e *International Salt Co. v. United States*, 332 U. S. 392.

outro agente estivesse vendendo o produto vinculado mais barato. Se as empresas que atuam no mercado estivessem organizadas em um cartel e cobrando preços não competitivos, a venda casada lhes permitirá saber se alguma das empresas integrantes do cartel não estava cumprindo os preços acordados, pois esta seria a única hipótese em que o comprador não adquiriria o produto vinculado da empresa que lhe vendeu o produto principal. Deve-se notar, contudo, que a prática de vendas casadas em um mercado por todos ou vários de seus agentes não indicará necessariamente a existência de cartel. No mais das vezes, cabe lembrar, que vendas casadas costumam ser práticas eficientes sob o ponto de vista estritamente econômico, e que, como tal, naturalmente serão adotadas por agentes com comportamento racional que objetivarem maximizar a eficiência. Assim, o fato de diversos agentes adotarem a prática em um mercado concentrado pode simplesmente indicar que a prática foi considerada uma boa ideia pelos seus agentes e copiada por eles de modo a lhes dar condição de competição com seus rivais.

Quanto aos preços predatórios, esta prática ocorre sempre que empresas dominantes diminuem o preço de seus produtos abaixo do custo marginal destes. É um comportamento estratégico por meio do qual a empresa suporta prejuízos por um período de modo a “quebrar” seus competidores, que não possuem estrutura para diminuir seus preços abaixo do nível de custo e mantê-los lá pelo mesmo tempo da prática da empresa dominante. Com isso tais competidores são eliminados do mercado, o que possibilita à empresa dominante atingir a posição de monopólio e elevar seus preços a níveis supracompetitivos. Outra forma de se obter o mesmo resultado é por meio das vendas casadas, em que o agente manterá o preço, mas irá proporcionar ao consumidor um produto ou serviço adicional sem cobrar por ele ou cobrando um valor inferior ao de seu custo marginal.

Todos os exemplos e casos citados aqui demonstram, em suma, que a preocupação com as vendas casadas decorre de seu potencial para fechar o mercado do produto secundário, permitir a cobrança de preços supracompetitivos do consumidor e limitar as possibilidades de escolha deste. Mesmo se utilizadas para encobrir outras condutas anticoncorrenciais, como a colusão ou a cobrança de preços predatórios, os resultados finais esperados destas práticas, e que justificam a preocupação das autoridades antitruste com sua realização, são os mesmos.

Foi dito, contudo, que as vendas casadas não são ilícitos *per se*, mas dependem em larga medida da comprovação de seus efeitos reais ou potenciais em dado mercado. Significa que os efeitos indicados até aqui se traduzem como preocupações fundamentadas das Cortes e autoridades garantes, mas não são efeitos necessários das práticas. Mais do que isso, são atribuídos também resultados benéficos advindos da realização de vendas casadas, muitas vezes até mesmo pró-competitivos. É sobre estas justificativas à conduta ora estudada que irá se debruçar a seção a seguir .

3.2 JUSTIFICATIVAS À REALIZAÇÃO DAS VENDAS CASADAS

A primeira e mais utilizada justificativa para a realização das vendas casadas é a interdependência tecnológica dos produtos (*technologycal tie-in*), argumento utilizado no caso *Microsoft* envolvendo o navegador *Internet Explorer* e o sistema operacional *Windows*. A interdependência tecnológica pode desaguar na vinculação física dos produtos e/ou no argumento de que o adequado funcionamento destes depende da vinculação realizada (a vinculação ocorre, se reconhece, mas ela seria “natural” ou “necessária”). Esta possibilidade não deve ser descartada pelas autoridades antitruste e Tribunais, é verdade, mas o ônus de provar que a vinculação era tecnicamente imprescindível será sempre do fornecedor. No caso *Microsoft*, entendeu-se que as provas apresentadas estavam longe de demonstrar tal relação de necessariedade entre o sistema operacional e o navegador.

Note-se que argumento de que venda casada busca garantir a qualidade e o funcionamento adequado do produto principal vai muito além das hipóteses de interdependência tecnológica dos produtos. Esta justificativa serve apenas para casos em que o produto principal e o produto secundário são complementares, e dentro desse grupo, tanto para casos em que o produto vinculado é um serviço (de instalação ou manutenção dos bens, por exemplo), quanto para os casos em que é um bem fundamental ao funcionamento do produto principal. Os órgãos julgadores e as autoridades administrativas competentes têm, todavia, demonstrado pouca

simpatia por esta argumentação.⁸⁰ No mais, seu entendimento tem sido o de que outras soluções menos gravosas à livre concorrência e à proteção do consumidor poderiam ser adotadas, como, por exemplo, o estabelecimento de requisitos mínimos aos serviços e produtos vinculados, de modo a garantir a qualidade do produto ou serviço principal.

O caso das franquias, um exemplo bastante comum e largamente aceito de venda casada, mostra mais um argumento justificador da prática: a manutenção da reputação da marca. A vinculação nas franquias entre cessão de marca, serviços de manutenção e aquisição de produtos constitui o núcleo econômico do próprio instituto. Para expandir o seu negócio, é fundamental ao franqueador garantir a uniformidade de prática entre os franqueados de modo a garantir a reputação de sua marca. O efeito aqui é claramente pró-competitivo ao impedir o comportamento *free rider* (o que aconteceria se sem tais vinculações um franqueado não investisse em qualidade, praticasse preços inferiores e excluísse os demais franqueados do mercado).⁸¹

As vendas casadas podem, também, diminuir custos de logística ou comercialização, por exemplo. Elas tendem ainda a eliminar a chamada *double marginalization*, que ocorre sempre que bens ou serviços relacionados são ambos comercializados em mercados pouco competitivos e ambos os vendedores são incapazes de coordenar suas produções de modo a maximizá-las conjuntamente.⁸²

Quando abordados os potenciais efeitos anticompetitivos das vendas casadas, foi mencionada a discriminação entre adquirentes, com a ressalva de que a mera existência desta discriminação não poderia ser tomada como um comportamento ilícito, pois é possível que não cause danos à concorrência ou, até mesmo, gere efeitos pró-competitivos. Se tais efeitos forem obtidos, pode-se dizer, por extensão, que a venda casada empregada teve como resultado efeitos que favoreceram a concorrência ao viabilizar uma discriminação entre adquirentes eficiente e que não se aproveitou de assimetria informacional para explorar o

⁸⁰ No Brasil, o caso Xerox é um bom exemplo. Processo administrativo nº 08000.024919/1995-62. Disponível em: <www.cade.gov.br>. Acesso em 06/10/2012.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 229-230.

⁸² HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011, p. 471.

comprador com menos conhecimento ou fazer com que todos pagassem mais (ao invés de viabilizar que todos pagassem na proporção da utilidade que extraíssem do produto ou serviço).

É possível, também, que a venda casada seja utilizada para permitir a um agente penetrar ou ampliar a sua participação em um mercado que, de outro modo, seria impenetrável. SULLIVAN e GRIMES apontam que um agente poderia se valer das vendas casadas de modo a ampliar suas chances de entrada em dado mercado ou aumentar sua parcela de mercado, caso se trate de um novo entrante, de duas formas: a primeira seria por meio do oferecimento de uma venda casada promocional e temporária, com o intuito de tornar um produto ainda não estabelecido naquele mercado mais atraente aos consumidores; o segundo método seria oferecer o produto vinculante a um preço mais baixo, talvez até mesmo abaixo de seu custo, de modo a estimular sua compra pelo consumidor, e cobrar um preço mais elevado no produto secundário, de modo a compensar àquele do produto primário.⁸³ É claro que esta segunda estratégia apenas funcionaria se a aquisição do produto vinculado fosse futura, no *aftermarket*, como no caso de aparelhos de barbear e suas lâminas de reposição, na qual o consumidor tivesse dificuldade de visualizar o pacote e, portanto, entender o preço real que estaria pagando pelo produto vinculado.

A primeira hipótese levantada acima dificilmente seria objeto de alguma preocupação em matéria antitruste, uma vez que por meio dela os consumidores conseguiriam adquirir os produtos a um menor custo e dado o seu caráter temporário e insuficiente para configurar preço predatório com o intuito de excluir competidores (ainda mais considerando que não se trata aqui da venda casada praticada por agente com considerável poder de monopólio, e sim de novo entrante). Pelo contrário, a entrada de um novo agente no mercado ampliaria, por consequência, a concorrência e beneficiaria o consumidor. Contudo, a segunda estratégia arguida acima representaria uma exploração da falta de informação detida pelo comprador em relação ao mercado de reposição, e as críticas aplicáveis a tais práticas são as mesmas já feitas quando potenciais efeitos anticompetitivos das vendas casadas foram abordados. Neste caso, não há o que se falar em efeitos pró-competitivos da prática, uma vez que ao invés de beneficiar o consumidor o objetivo

⁸³ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006. p 434-436.

é turvar seu julgamento acerca do preço pelo qual está pagando pelo produto principal.

No mais, diz-se ainda que a venda casada pode estimular a inovação ao garantir ao agente um retorno do investimento por ele realizado. Contudo, SULLIVAN e GRIMES entendem que “o benefício econômico conferido ao vendedor por meio de uma venda casada, pode não produzir efeito algum no incentivo do vendedor para inovar”, mas sim ser, “um ganho gratuito ao vendedor as expensas da competição”.⁸⁴ Isso porque estes autores entendem que o justo retorno do agente advém diretamente da exploração de seu monopólio sobre o produto patenteado, o qual já permitirá por si só ao vendedor cobrar preços mais elevados que corresponderiam ao valor da inovação para a sociedade. Isso não aconteceria, contudo, se a venda casada fosse utilizada, uma vez que os ganhos deixaram de gozar desta justa correspondência, pois a venda casada se insere na equação diversas outras variáveis que não guardam qualquer relação com o valor da inovação.⁸⁵

Outras justificativas podem, sem dúvida, serem arguidas para justificar a prática casuisticamente. A ideia aqui foi apenas esclarecer que nem toda venda casada será considerada ilícita, pois não gerará necessariamente efeitos danosos ao mercado. Procurou-se, ainda, apontar aspectos relacionados à conduta que não se resumem à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos preços. Tendo sido apresentado seu conceito no capítulo anterior e quais efeitos anti ou pró-competitivos dela podem advir neste, resta agora entender, por meio de instrumentos próprios da Economia, se a regulação e sanção da conduta por meio de normas específicas é necessária ou se o mercado deveria ser deixado livre para, por si só, dar conta de possíveis efeitos danosos gerados pela prática.

⁸⁴ SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006, p. 437.

⁸⁵ SULLIVAN E GRIMES, *loc cit.*

4 AS VENDAS CASADAS SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Embora relativamente recente, tendo seus primeiros trabalhos sido publicados por volta da década de vinte do século passado e aqueles de maior expressão nos anos sessenta e setenta que se seguiram, a chamada análise econômica do direito é um tema que tem despertado interesse e ganhado gradual destaque na academia, mesmo que de maneira tímida no Brasil.⁸⁶ Contudo, a falta de informação sobre o que é, para que serve e qual o objetivo da análise econômica em nosso país tem levado a diversos mal-entendidos e a uma demonização dos defensores desta abordagem do fenômeno jurídico. Neste sentido, o presente capítulo presta-se, inicialmente, a trazer elementos sobre a natureza da análise econômica do direito, embora sem qualquer pretensão de, em poucas páginas, esgotar tão complexo tema, para ao final abordar o tratamento normativo das vendas casadas sob o enfoque de um dos mais importantes postulados da chamada análise econômica do direito, o Teorema de Coase.

Se o direito, por um lado, preocupa-se com a regulação do comportamento humano, a economia irá se debruçar sobre as escolhas do ser humano que envolvem a alocação de recursos escassos, bem como sobre as consequências daí advindas. As normas são resultados do comportamento humano, mas, por outro lado, também servem para premiar dada conduta ou sancionar outras, aumentando o custo para aqueles que optam por engajar-se em determinado comportamento.⁸⁷

⁸⁶ Será utilizado neste trabalho a expressão “Análise Econômica do Direito”, tradução direta de *Economic Analysis of Law* e que remete a obra de Richard Posner, já citado neste trabalho. Esta é, em seu sentido original, uma das correntes do “Direito e Economia”, ou *Law and Economics*. Contudo, no Brasil a “Análise Econômica do Direito” tem sido utilizada quase sempre como sinônimo de “Direito e Economia”, motivo pelo qual foi feita a opção de empregá-la aqui. Registramos o motivo desta escolha porque, em sua origem, a “Análise Econômica do Direito” denota a análise das regras jurídicas a partir do método da escolha racional e outras hipóteses teóricas defendidas por Richard Posner, enquanto o “Direito e Economia” se ocupa do estudo da influência das normas jurídicas no sistema econômico e constitui gênero do qual a “Análise Econômica do Direito” é espécie.

⁸⁷ “(...) se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá leva-los a adotar outra conduta, a realizar outra

Daí que, tendo as normas o condão de estimular ou refrear determinadas condutas, que, por sua vez, advém de escolhas formuladas pelos agentes, não é difícil identificar o ponto de encontro destas duas ciências, jurídica e econômica.

A análise econômica do direito propõe, desta forma, o emprego de instrumentos teóricos e empíricos tradicionalmente utilizados na economia para analisar as normas jurídicas e sua aplicação. Aqueles que defendem esta abordagem acreditam que as regras que regem nossa sociedade devem ser “elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos.”⁸⁸ São, portanto, defensores do realismo e consequencialismo jurídico.

O que esta abordagem traz nada mais é do que um método de aferição do fenômeno normativo, que se preocupa, por um lado, em entender as consequências de determinada norma no mundo real (a chamada “análise econômica do direito positiva”) e, por outro, em buscar, como é típico da ciência jurídica, qual seria a prescrição normativa ideal diante destas consequências (“análise econômica do direito normativa”), levando-se em conta, como não poderia ser diferente, muitas outras variáveis - há de se considerar, afinal, os direitos fundamentais, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, para citar alguns exemplos que, não obstante o que a análise econômica do direito possa ter a nos dizer, não podem ser desprezados, ainda que isto fosse, sob a ótica econômica, o mais eficiente em determinada situação.

Este último ponto, aliás, é no qual reside boa parte das controvérsias envolvendo a análise econômica do direito: se esta sempre defenderá a adoção da solução mais eficiente ou não. Aqui vale lembrar que a análise econômica do direito é expressão cunhada por POSNER e, embora seja apenas uma das correntes do Direito e Economia, é certamente a que gozou de maior destaque e notoriedade. Sem adentrarmos nos detalhes das construções de POSNER, a crítica de que a análise econômica do direito se preocupa apenas com a eficiência não é de todo

escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos. Ora, essa também é uma ideia central do direito. Todo direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a estímulos.” GICO JR., Ivo. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 22.

⁸⁸ Ibidem, p 18.

uma inverdade. Isso porque, nas palavras de Vinícius Klein, “pode-se afirmar, em linhas gerais, que a justiça como valor autônomo diverso da eficiência é abandonada no raciocínio posneriano.”⁸⁹ O mesmo autor, contudo, conclui que:

Isto, todavia, não impede que [a análise econômica do direito] seja utilizada com finalidade descritiva da realidade ou como um dos instrumentos na análise de questões jurídicas (...). Cogitar a possibilidade de que ela [a análise econômica do direito] possa prever uma fórmula matemática do que seria o melhor direito (...) estaria muito além do razoável. Desse modo, o argumento de que a eficiência não é o único valor jurídico não leva necessariamente ao descarte [quer da análise econômica do direito, quer do direito e economia].⁹⁰

De fato, a referida crítica procede em sentido estrito, pois na acepção original da expressão análise econômica do direito esta se refere à corrente defendida por POSNER e para a qual a eficiência alocativa é tida como sinônimo de justiça. Contudo, em uma análise mais cuidadosa se percebe que a referida crítica não é direcionada com rigor terminológico à corrente posneriana, mas sim a toda construção que se entenda filiada ao direito e economia. Nesta última acepção, não poderia estar mais longe da verdade.

Mas qual a relação entre a análise econômica do direito e as vendas casadas? Neste trabalho e até aqui nos valem de inúmeros conceitos advindos da economia para inferir se dada venda vinculada de um produto a outro seria ou não lícita. Para tanto foi empregada em diversos momentos da análise econômica do direito, embora esta denominação não tenha sido utilizada. O objetivo, contudo, em falar da análise econômica do direito em um capítulo a parte não é o de reforçar à imprescindibilidade dos instrumentos econômicos na análise jurídica, especialmente no campo do antitruste, mas sim de dar um passo adiante e, a partir do Teorema de Coase, analisar se a regulação normativa das vendas casadas é desejável e, em caso afirmativo e sob este enfoque, por que o seria.

⁸⁹ KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 17.

⁹⁰ KLEIN, *loc cit.*

4.2 O TEOREMA DE COASE

O economista Ronald H. Coase, agraciado com o Prêmio Nobel da Economia em 1991, foi um dos precursores dos contornos atuais da *Law and Economics* ao publicar, em 1960, artigo de grande repercussão chamado *The problem with the social cost* (“O problema do custo social”, em uma tradução livre para o português). Neste artigo COASE analisou casos de responsabilidade civil a partir de um enfoque econômico de problemas na alocação de recursos e trouxe as bases para o que mais tarde viria a ser chamado “Teorema de Coase”.

O Teorema de Coase, contudo, embora inspirado neste trabalho do economista não foi por ele formulado, mas sim por George Stigler, que o expressou nos seguintes termos: “sob concorrência perfeita, os custos sociais e privados serão iguais”.⁹¹ A derivação mais conhecida do Teorema, e que será aprofundada a seguir, é a de que neste ambiente, sendo os custos de transação iguais à zero, a barganha entre os agentes sobre a propriedade de um bem será sempre mais eficiente do que a regulação legal a respeito desta propriedade e, conseqüentemente, poderia não haver motivo para a existência de tal regulação.⁹²

⁹¹ COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Paperback Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p 157.

⁹² O famoso exemplo de COASE em seu artigo é o do gado desgarrado que invade e destrói a plantação de uma propriedade vizinha. Nestes termos, COASE assume que o custo anual para cercar a propriedade do agricultor é \$9 e que o preço do produto cultivado é \$1 por tonelada. Assume ainda que 01 boi do pecuarista gera uma perda anual de 1 tonelada ao agricultor, 02 bois geram uma perda anual ao agricultor de 3 toneladas, 3 bois causam uma perda anual de 6 toneladas, 4 bois geram uma perda de 10 toneladas e assim sucessivamente. Neste exemplo, dentre as soluções possíveis, se houver uma norma que responsabilize o pecuarista pelos danos causados, ele somente aumentará o tamanho do seu rebanho se sua lucratividade com a carne superar os custos da atividade, dentro os quais se inclui aquele que ele suportará por destruir parcela da plantação da propriedade vizinha. Uma cerca, contudo, seria a solução se o pecuarista pretendesse ter um rebanho de quatro ou mais bois, pois o custo da cerca (\$9) seria inferior ao custo de destruição da propriedade vizinha (\$10). Qualquer outra medida preventiva será da mesma forma, tomada quando seu custo for inferior ao dos produtos agrícolas que pretendem preservar. Vamos imaginar que inexistisse norma legal que responsabilizasse o pecuarista pelos danos causados. Nesta situação, se o pecuarista possuísse 3 bois, o agricultor pagaria até \$3 para que o rebanho diminuísse para 2 bois, até \$5 para que diminuísse para 1 e até \$6 para que o agricultor abandonasse sua atividade (note que o valor que o agricultor está disposto a pagar é limitado ao valor máximo do prejuízo sofrido com a perda de produtos agrícolas a cada boi adicionado e ao custo de \$9, que seria o valor para cercar a sua propriedade). O ponto de COASE aqui é que em ambos os casos (responsabilidade legal do pecuarista ou inexistência desta responsabilidade) o resultado final não se altera: independentemente da regulação, se o valor obtido com a venda da carne adicional que 01 boi oferece for superior ao valor pago a título de prejuízo pela perda de

Para explorar o Teorema em seus detalhes, deve-se partir de sua premissa: um ambiente em que os custos de transação são iguais à zero. A primeira e natural pergunta é “o que seriam os custos de transação?” A teoria econômica os têm definido como “na concepção neoclássica, os custos em negociar em um dado mercado, enquanto na concepção de direitos de propriedade, os custos para estabelecer e garantir estes direitos”⁹³. Assim, a noção de custos de transação iguais à zero é aquela encontrada nos modelos ideais e abstratos da teoria econômica, pois parte de uma série de preposições que não costumam corresponder à realidade de mercado, a começar por ignorar a existência das já mencionadas falhas de mercado, como a assimetria informacional, as externalidades ou a existência de poder de mercado.

O Teorema funda-se, ainda, nas chamadas hipótese da eficiência e hipótese da invariância, sendo aquela expressa pela suposição de que as partes sempre conseguirão não só chegar a um acordo para a solução do conflito, como chegar ao acordo mais eficiente possível, e esta traduzível pelo fato de que dita solução será sempre alcançável, não importando o conteúdo da responsabilidade legal atribuída por lei ao fato que originou o conflito.⁹⁴ Estes pontos têm sido duramente criticados, mas o que se percebe é que as críticas realizadas partem de situações nas quais os custos de transação são positivos, em geral apoiadas no argumento da assimetria informacional, esquecendo-se que o teorema foi construído unicamente para as hipóteses em que este custo igualar a zero.⁹⁵ Claro que, novamente, a dificuldade está em se encontrar uma situação fática de custo transacional igual à zero, o que nos leva a questionar, então, qual seria a verdadeira contribuição trazida pelo Teorema de Coase. O próprio autor afirma que o Teorema deve ser visto como um

produtos agrícolas causada por este boi adicional ou recebido pelo pecuarista do agricultor na inexistência de norma legal e em função de uma transação pela diminuição do rebanho em 01 boi, o rebanho será aumentado. A regulação legal aqui seria indiferente, pois as partes optariam pela solução mais eficiente independentemente do que diz a norma. COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Paperback Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p 157.

⁹³ ALLEN, Douglas W. *What are transaction costs?* Research in Law & Economics, n. 14, p. 01. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/allentransactioncost.pdf>>. Acesso em 1/09/2012. Tradução livre.

⁹⁴ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius (coord.). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 74.

⁹⁵ KLEIN, *loc cit.*

trampolim em torno do verdadeiro objetivo de incluir os custos de transação positivos nesta análise, trabalho este para o qual Oliver Williamson deu sequência.⁹⁶

Para o Direito, embora o Teorema tenha inicialmente sido formulado tendo em vista os direitos de propriedade, outras ideias têm sido exploradas, como sua aplicação a outros ramos do Direito ou, ainda, sua utilização em construções que buscam atribuir uma função ao Direito de criar ambientes sem custos de transação ou que minimizem os efeitos destes custos. Neste sentido, Márcia Carla Pereira RIBEIRO e Irineu GALESKI JR. citam em sua obra as três premissas que Mercado Pacheco atribui à análise econômica do direito:

A primeira [premissa] no sentido de que quando o mercado funciona em perfeito equilíbrio, existindo condições de concorrência perfeita, ao Direito não compete nenhuma função decisória ou de intervenção para se obter um resultado mais eficiente, restando apenas garantir a liberdade e a segurança do tráfico mercantil. A segunda premissa, por sua vez, é a de que quando o equilíbrio não é alcançado de forma espontânea em virtude de falhas no mercado (...), a função do Direito é reduzir os obstáculos, especialmente os custos de transação que impedem um resultado eficiente que se obteria num acordo negociado. A terceira e última premissa é a de que quando a decisão de mercado for inantigível, tendo em vista a impossibilidade de eliminar os obstáculos (por exemplo, custos de transação muito altos), “la función del derecho es la actuar como um mercado simulado, es decir, la adopción por parte del juiz o del legislador

⁹⁶ “Pigou's conclusion and that of most economists using standard economic theory was, and perhaps still is, that some kind of government action (usually the imposition of taxes) was required to restrain those whose actions had harmful effects on others, often termed negative externalities. What I showed in that article, as I thought, was that in a regime of zero transaction costs, an assumption of standard economic theory, negotiations between the parties would lead to those arrangements being made which would maximise wealth and this irrespective of the initial assignment of rights. This is the infamous *Coase Theorem*, named and formulated by Stigler, although it is based on work of mine. Stigler argues that the Coase Theorem follows from the standard assumptions of economic theory. Its logic cannot be questioned, only its domain. I do not disagree with Stigler. However, I tend to regard the Coase Theorem as a stepping stone on the way to an analysis of an economy with positive transaction costs. The significance to me of the Coase Theorem is that it undermines the Pigovian system. Since standard economic theory assumes transaction costs to be zero, the Coase Theorem demonstrates that the Pigovian solutions are unnecessary in these circumstances. Of course, it does not imply, when transaction costs are positive, that government actions (such as government operation, regulation or taxation, including subsidies) could not produce a better result than relying on negotiations between individuals in the market. Whether this would be so could be discovered not by studying imaginary governments but what real governments actually do. My conclusion; let us study the world of positive transaction costs.” COASE, Ronald Harry. *The Institutional Structure of Production*. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html>. Acesso em 10/09/2012.

de la solución que habría adoptado el mercado en el caso de que no existiesen obstáculos para su funcionamiento".⁹⁷

O interessante deste conceito é que ele dialoga diretamente, ainda que talvez de maneira acidental, com o Teorema de Coase. Afinal, o trecho acima demonstra como funcionará a análise econômica do direito em sua função prescritiva, como indicará o dever-ser no caso concreto (ou até mesmo na hipótese abstrata formulada pelo legislador), valendo-se para tanto dos custos de transação e da possibilidade de barganha enunciados pelo Teorema. É dizer que a prescrição será no sentido de não atuação do Direito quando as condições do Teorema forem satisfeitas e que, não sendo isso possível, a função do Direito passa a ser reduzir tais custos ou, a depender do tipo de obstáculo a ser enfrentado, intervir diretamente por meio da norma e da sanção.

No que se refere especificamente às vendas casadas e à pergunta colocada no início deste trabalho (sob o enfoque da análise econômica, mais especificamente do Teorema de Coase, qual seria o melhor tratamento legal às vendas casadas – a intervenção ou a abstenção?), buscou-se esclarecer até agora não só a definição da conduta estudada e dos seus possíveis impactos negativos no mercado, como também a delimitação da metodologia empregada na busca por uma resposta a esta indagação (e que será a análise econômica do direito). O fechamento deste ocorrerá trabalho, portanto, com a análise do objeto pelo método proposto, o que se fará por meio de duas perguntas (que, na verdade, nada mais são do que dois lados da mesma moeda): as vendas casadas apresentam custo transacional igual à zero e, portanto, poder-se-ia aplicar o Teorema de Coase a elas e defender a ausência de intervenção estatal? Ou, contrariamente, apresentam falhas de mercado que justificariam a regulação estatal mais ou menos interventiva?

4.3 UMA NOVA JUSTIFICATIVA À REGULAÇÃO DAS VENDAS CASADAS

⁹⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 78.

Para responder se as vendas casadas deveriam ou não ser normativamente reguladas sob a perspectiva do Teorema de Coase, será necessário buscar elementos que indiquem se há custos transacionais envolvidos nesta operação ou não. A resposta a esta pergunta é bastante intuitiva e seria “depende”, uma vez que o custo de transação se verifica no caso concreto e não há elementos para estabelecer uma regra a priori. Ainda assim, a ciência econômica há muito reconhece a dificuldade em encontrar ambientes livres de falhas de mercado para além dos livros de economia e seus modelos abstratos de concorrência perfeita, agentes com simetria informacional e condições equânimes de atuação no mercado. Sob esta perspectiva, de que certamente se encontrará um ambiente em que haja custos transacionais diferentes de zero, e em linha com as constatações realizadas quando abordados os potenciais efeitos anticoncorrenciais da venda casada, a regulação normativa desta se justifica sob o Teorema de Coase. Em outras palavras, é necessário sim que a lei trate e regule o tema e que as autoridades antitrustes fiscalizem os agentes engajados na conduta.

Isso não significa, nunca é o bastante frisar, que toda venda vinculada entre produtos seja um ilícito per se. Foi mencionado ao longo deste trabalho que nem a legislação brasileira e nem outras aqui abordadas (como a norte-americana ou a da comunidade europeia) assim consideram as vendas casadas atualmente. A ilicitude da vinculação entre produtos dependerá de uma série de requisitos, cuja verificação é condição *sine qua non* para vedar a prática. Para todos os outros casos, ela é perfeitamente lícita. Neste sentido, quando se fala da imprescindibilidade da regulação normativa do tema se está unicamente a frisar que a venda casada pode sim possuir resultados prejudiciais ao bom-funcionamento do mercado e ao bem-estar do consumidor, e que a regulação deve ser no sentido de barrá-la quando produzir tais efeitos.

Esta abordagem vai de encontro àquela trazida por POSNER, para quem as vendas casadas costumam gerar eficiência e, portanto, deverem ser toleradas e deixadas a cargo dos agentes que atuam no mercado, ocorrendo apenas uma regulação mínima por meio de normas gerais.⁹⁸ É claro que ao abordar os possíveis efeitos anticoncorrenciais da prática refutou-se a concepção posneriana e, em

⁹⁸ POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, p. 207.

paralelo, pugnou-se pela importância da regulação governamental do tema. A diferença é que o Teorema de Coase permite trabalhar o tema sem a necessidade de recorrer exclusivamente a explicações de causa e efeito que justifiquem seu tratamento normativo.

Não é, portanto, que se regule para evitar efeitos nocivos (embora isto seja também verdade), mas sim que o Estado regula porque os particulares, se deixados para atuar livremente e como desejassem, não obteriam um resultado melhor do que aquele que poderia lhes ser proporcionado via regulação (o “melhor” resultado seria um resultado “mais eficiente”). Este é o motivo pelo qual este subcapítulo, que encerra o presente trabalho, foi chamado de “uma nova justificativa às vendas casadas”. Via de regra, para refutar argumentos de eficiência posneriana relacionado às vendas casadas, o contraponto utilizado é o da já mencionada Escola de Freiburg e a liberdade de escolha do consumidor por ela defendida; agora, contudo, o contraponto apresentado é o de que as vendas casadas não seriam o mais eficiente.

Como ressaltam COOTER e ULEN:

Uma transação comercial tem três partes. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isso implica em achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação deve ser fechada entre os parceiros comerciais, (...) [o] que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de alcançada uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação que correspondem a esses três passos de uma transação comercial: (i) custo da busca para a realização do negócio; (ii) custo da negociação; e (iii) custo do cumprimento do que foi negociado.⁹⁹

Dessa forma, conclui-se que a livre realização das vendas casadas, sem a existência de normas regulando a conduta, não seria a solução mais eficiente. Isto porque a barganha privada não coloca as partes envolvidas em melhor situação do que a lei as colocaria quando levados em consideração os diversos custos transacionais existentes, como os custos de informação, de negociação e de monitoramento da observância do acordo pelo particular que o celebrou.

⁹⁹ COOTER, Roberto. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105.

5 CONCLUSÃO

Em linhas gerais, pretendia-se investigar no presente trabalho se sob o enfoque da teoria econômica, mais especificamente do Teorema de Coase, a regulação das vendas casadas era sustentável ou, por outro lado, se seria o momento de pensar em abolir as normas e deixar o mercado e seus agentes darem conta do tema por si só. A conclusão alcançada foi a de que sim, as vendas casadas devem ser reguladas pelo Direito, como hoje o são, e não deixadas a cargo dos agentes econômicos e de postulados de autorregulamentação do mercado.

Diante dos resultados alcançados na pesquisa realizada, refuta-se também o argumento posneriano e da Escola de Chicago de que estes agentes obteriam um resultado mais eficiente se deixados para praticar a conduta livremente. O Teorema de Coase mostrou o contrário: a regulação se justifica não apenas em virtude de argumentos como o da Escola de Freiburg, mas pela própria noção de eficiência. Isto porque em virtude da existência de custos de transação (tais como os custos de informação, negociação e monitoramento), a barganha entre particulares não os colocará em melhor situação do que a norma estatal os colocaria se existisse. Em outras palavras, os agentes não seriam mais eficientes do que a regulação estatal quando se trata de vendas casadas.

Contudo, é bem verdade que nem toda vinculação de um produto ou serviço à outro produto ou serviço constituirá venda casada e que eventual eficiência econômica gerada pela conduta deve ser levada em consideração pelo intérprete da norma antes de caracterizar a conduta como um ilícito. Assim, embora se defenda uma intervenção normativa, esta deve vir no sentido de diminuir os custos de transação envolvidos e, se necessário, sancionar a conduta quando esta possuir ou tiver o condão de possuir efeitos nocivos aos consumidores, hipótese em que, daí sim, estar-se-ia diante de um ilícito.

Neste sentido reafirma-se que a regulação normativa das vendas casadas trazidas pelo nosso Código de Defesa do Consumidor se mostra absolutamente inadequada e descolada da realidade, ao tomar a venda casada como um ilícito *per se*. São, na verdade, normas flexíveis como àquela encontrada em nossa legislação antitruste o tipo de regulação desejável para as vendas casadas, normas estas que

sujeitam à punição a conduta efetiva ou concreta possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais e, em última análise, lesivos ao consumidor.

Foi dito que nem toda vinculação de um produto ou serviço à outro produto ou serviço constituirá uma infração à ordem econômica. Isto ocorre porque a configuração da venda casada como ilícito anticoncorrencial dependerá de uma série de elementos, os quais foram abordados no segundo capítulo deste trabalho. O mais fundamental deles é a necessidade de se estar diante de dois produtos e/ou serviços. Parece óbvio, mas aqui surge já primeira polêmica em relação ao tema: Vender um carro com as rodas ou um par de sapatos seria venda casada? E um equipamento com assistência técnica exclusiva? A doutrina especializada indica que não se estará diante de venda casada sempre que a oferta de bens e/ou serviços em conjunto for economicamente favorável para o consumidor comum.

Além disso, é fundamental que o adquirente seja coagido a comprar estes bens e/ou serviços em conjunto. Para tal coerção ocorrer é necessário que o fornecedor possua poder de mercado que o adquirente se encontre em uma posição de dependência econômica em relação ao fornecedor (dependência esta da qual o poder de mercado seria apenas espécie). É nesta etapa da análise da conduta que conceitos como mercado relevante geográfico e material entram em cena, bem como poder econômico relativo, assimetria informacional, retornos crescentes de escala e dependência de sortimento, empresarial ou conjuntural. Todos eles precisam ser levados em consideração para que se caracterize a dependência econômica entre fornecedor e adquirente, a qual será fundamental para a investigação da coerção.

Para além destes elementos, os quais não são tratados por nenhuma norma específica, mas antes são frutos principalmente da experiência acumulada nos julgados da Suprema Corte norte-americana sobre o tema, nossa legislação antitruste indica ser necessária ainda a produção ou possibilidade de produção de determinados efeitos enumerados na letra da lei para sancionar a venda casada como infração à ordem econômica. Estes efeitos foram abordados no terceiro capítulo deste trabalho, ao se tratar da alavancagem e do fechamento de mercado, assim como do descumprimento de tabelamento de preços, da discriminação entre adquirentes e da facilitação de práticas colusivas, para citar alguns.

Outra afirmação feita foi a de que além dos elementos e efeitos produzidos (ou com potencialidade de serem concretizados), possíveis eficiências geradas pelas vendas casadas também devem ser levadas em consideração sempre que um caso concreto estiver sob análise. A venda casada pode ser, exemplificativamente, uma maneira eficiente para dado agente adentrar num mercado monopolizado que, de outro modo, apresentaria barreiras a entrada quase que insuperáveis. Estas possíveis eficiências são via de regra apresentadas pelos agentes como justificativas à realização da conduta. Um estudo a este respeito pode ser encontrado no terceiro capítulo deste trabalho.

Apresentados os elementos necessários à configuração da venda casada e os efeitos que podem ser produzidos pela conduta, fica fácil depreender a existência de custos transacionais que, quando analisados sob o Teorema de Coase, nos indicarão um caminho para a regulação da matéria. A análise econômica do direito, contudo, mostra ainda que esta regulação sempre deve vir no sentido de reduzir estes custos e, sendo tais custos muito elevados ou a redução pouco significativa, tomar a decisão pelos particulares, isto é, permitir ou não a conduta e sancionar os particulares quando fora da zona da legalidade. A derivação mais óbvia para a legislação brasileira desta afirmação é a inadequação do Código de Defesa do Consumidor no que se refere às vendas casadas e um acerto maior da Lei Antitruste nesta matéria.

Por outro lado, permanece a dúvida sobre a extensão das restrições legislativas. Estar-se-ia sendo muito ou pouco restritivo? Quando o caso da rede McDonald's vira a referência em termos de vendas casadas para significativa parte dos aplicadores do Direito, isso demonstra que se está no caminho certo ou precisaríamos de normas menos abrangentes, que trouxessem, por exemplo, os referidos elementos necessários à configuração do ilícito para o intérprete? De fato se tem trabalhado em termos legislativos para diminuir os custos de transação e dar maior liberdade aos particulares ou, contrariamente, há uma situação em que a pura regulação é a situação mais simples e preferencialmente adotada? Não são oferecidas respostas a estas perguntas no presente trabalho, mas nem por isso se pode ignorar sua existência.

REFERÊNCIAS

ALLEN, Douglas W. *What are transaction costs?* Research in Law & Economics, n.14. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/allentransactioncost.pdf>>. Acesso em 1/09/2012.

BADIN, Arthur. *Vendas casadas: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 5, 2005.

BRASSARD, Raymon J. *Tying Arrangements: requisite economic power, promotional ties and the single product defense*. In: Boston College Law Review, v.11, n. 2, 1970. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol11/iss2/10>>. Acesso em 31/03/2012.

BURNS, Jean Wegman. *The new role of coercion in antitrust*. In: Fordham Law Review, v. 60, 1991. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol60/iss3/1>>. Acesso em 31/03/2012.

CRANE, Daniel A. *Mixed bundling, profit sacrifice and consumer welfare*. In: Emory Law Journal, nº 54, 423-486, 2006. Disponível em: <www.law.emory.edu/fileadmin/journals/elj/55/3/Crane.pdf>. Acesso em 31/03/2012.

CHOI, Jay Pil. *Antitruste analysis of tying arrangements*. CESifo working paper nº 1336. Disponível em: <www.cesifo-group.de/portal/pls/portal/docs/1/1188966.pdf>. Acesso em 01/03/2012.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Paperback Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

———. *The Institutional Structure of Production*. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-ecture.html>. Acesso em 10/09/2012.

COOTER, Roberto. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ELHAUGER, Einer. *Tying, bundled discounts and the death of the single monopoly profit theory*. In: Harvard Law Review, v. 123, n.2, 399-481, 2009. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Elhauge_629_Revised2.pdf>. Acesso em 02/04/2012.

EVANS, David S. PADILLA, A. Jorge. ALBORHN, Christian. *The antitrust economics of tying: a farewell to per se illegality*. In: Antitrust Bulletin, v. 49, 2004 Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/single_firm/comments/219224_b.htm>. Acesso em 07/06/2012.

FAGUNDES, Jorge. *Assimetria de Informação, Risco Moral e Reputação: O Caso Copesul*. In: MATTOS, César (Org.). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do antitruste*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust Policy: The law of competition and its practice*. 4ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2011.

———. HOVENKAMP, Erik. *Tying arrangements and antitrust harm*. In: Arizona Law Review, v. 52, 2010. Disponível em: <http://works.bepress.com/herbert_hovenkamp/10>. Acesso em 25/02/2012.

LILLA, Paulo Eduardo. *Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica*. In: Revista de Direito da Concorrência, nº 10, 11-47, 2007.

NOGUEIRA, José Carlos da Silva. *A análise do mercado relevante e o princípio da isonomia na matéria antitruste*. In: Revista de Direito Mercantil, nº 131. São Paulo, Malheiros, 2003.

PAPANDROPOULOS, Penelope. *Article 82: tying and bundling. A half step forward*. In: Competition Law Insight, jun/2006. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/article82.pdf>>. Acesso em 20/03/2012.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *A posição dominante relativa no direito da concorrência*. Coimbra: Almedina, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?* In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

PRIEST, George L. *Repensando o direito da concorrência na era das indústrias de rede*. In: Revista do Direito Público da Economia, nº 27, 98-13. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

POSNER, Richard A. *Antitrust law*. 2ª edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

POSSAS, Mário Luiz. *Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito de defesa da concorrência*. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 82-102, 1996.

———. *Limites normativos da análise econômica antitruste*. In: Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, 235-272, 2009.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. GALESKI JR, Irineu. *Teoria geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

———. KLEIN, Vinícius (coord.). *O que é a análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

———. *Direito Concorrencial - As condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Direito da concorrência e obrigação de contratar*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SEMERARO, Steven. *Should antitrust condemn tying arrangements that increase prices without restraining competition*. In: Harvard Law Review Forum, v. 123, 30-37, 2009. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/semeraro.pdf>>. Acesso em 11/06/2012.

STIGLITZ, Joseph E. *Information and the change in the paradigm in the economics*. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2001/stiglitz-lecture.pdf>. Acesso em 11/06/2012.

SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*. 2ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2006.

THANASSOULIS, John. *Competitive mixed bundling and consumer surplus*. In: Journal of Economics & Management Strategy, Wiley Blackwell, vol. 16(2), 437-467, 2006. Disponível em: <<http://economics.ouls.ox.ac.uk/13575/>>. Acesso em 11/06/2012.

WHINSTON, Michael D. *Tying, Foreclosure and Exclusion*. In: The American Economic Review, v. 80, n.4, 837-859, 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2006711>>. Acesso em 02/04/2012.